

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**El principio general de la buena fe en el derecho civil
moderno**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Delia Matilde Ferreira Rubio

DIRECTOR:

Antonio Hernández Gil

Madrid, 2015

R-136485

TE
1175

DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5313546438

"EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO

CIVIL MODERNO"

Prof. D. ANTONIO HERNANDEZ GIL
(Director de tesis)

DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID.
1982



DONATIVO

A mi entrañable amigo,

José María Castán

...huelgan las palabras,

porque no alcanzan...

INDICE

PALABRAS INICIALES	1
--------------------------	---

Capítulo I

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	7
--	---

1. Concepto.
2. Naturaleza.
3. Caracteres.
4. Clasificaciones.
5. Funciones.
6. Normatividad de los principios generales.
 - A. Moral, valores y principios generales.
 - B. Jerarquía de los principios entre sí.
7. Recepción de los principios en el Derecho positivo.
Significación. Jerarquía de los principios respecto a las demás fuentes formales.

Capítulo II

APROXIMACION A LA BUENA FE	58
-----------------------------------	----

1. Nociones de buena fe
2. Clasificaciones.
3. Concepción unitaria de la buena fe.
4. La buena fe ¿standard jurídico o principio general?

Capítulo III.

HACIA LA DETERMINACION DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE	89
---	----

1. Concepto indeterminado normativo. Vías de determinación.
2. El contenido ético.
3. Los valores jurídicos en la determinación del contenido del principio de buena fe.

4. La equidad y el contenido de la buena fe
5. La buena fe, los usos y las circunstancias del caso.
6. Universalidad e historicidad del contenido de la buena fe.
7. La opinión de los autores.

Capítulo IV

APROXIMACION A LA DINAMICA DEL PRINCIPIO

GENERAL DE BUENA FE	136
1. La normatividad. Formas de manifestarse		
2. Las funciones del principio general de buena fe.		
3. La aplicación del principio de buena fe y la seguridad jurídica.		

Capítulo V

LA BUENA FE COMO CRITERIO INFORMADOR

DEL ORDENAMIENTO	162
1. La función informadora. Consideraciones generales.		
2. El principio de buena fe como informador.		
3. Formas de actuación. Corolarios del principio.		
4. Efectos derivados de la función informadora de la buena fe.		

Capítulo VI

LA BUENA FE EN EL PROCESO DE INTERPRETACION

	187
1. La buena fe en la interpretación de las normas legales.		
2. La buena fe como criterio de interpretación de las normas derivadas de la voluntad de los particulares.		
A. ¿Intención de las partes o norma objetiva?		

- El Derecho como proceso de comunicación.
- B. Declaraciones de voluntad de tipo contractual
y declaraciones de última voluntad.
3. Consecuencias de la aplicación del principio de
buena fe en el proceso de interpretación.

Capítulo VII

- LA BUENA FE COMO CRITERIO LIMITATIVO DEL
EJERCICIO DE LOS DERECHOS 214
1. Ambito de referencia. Limitación de los derechos.
La figura del abuso del derecho.
2. La limitación por vía de la buena fe. La forma
de ejercicio de los derechos.
3. Consecuencias de la imposición de la buena fe
como límite del comportamiento con relevancia
jurídica.
- A. Cumplimiento de la regla de buena fe.
- B. La violación de las normas impuestas por
la buena fe.

Capítulo VIII

- LA BUENA FE COMO CRITERIO INTEGRADOR 248
1. Aproximación a la función integradora.
2. La buena fe en el proceso de integración. Deli-
mitación del ámbito de la integración.
3. Efectos derivados de la actuación de la buena
fe como criterio integrador.

Capítulo IX

- EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DERECHO POSITIVO 277.
- Sección I.- El principio general de la buena fe
en el Derecho Comparado 278

1. Consideraciones generales.
2. La buena fe como criterio informador.
3. La buena fe como criterio de interpretación.
4. La buena fe como límite al ejercicio de los derechos.
5. La buena fe como factor de integración.
6. Reflexión final.

Sección II.- El principio de buena fe en el Derecho
civil español 297

1. El principio general de buena fe como criterio informador.
2. El criterio de la buena fe en la interpretación.
3. La buena fe como límite al ejercicio de los derechos.
4. La buena fe como pauta de integración del contrato.

Sección III.- El principio general de buena fe en el
Derecho civil argentino 315

1. Panorama general.
 - A. El Código civil de Vélez Sarsfield
 - B. La Reforma introducida por la ley 17.711 del año 1968.
2. El principio general de buena fe como informador.
3. El principio de buena fe en la interpretación.
4. La buena fe como límite al ejercicio de los derechos.
5. El principio de buena fe como pauta de integración.

Capítulo X

APUNTES SOBRE LAS PROYECCIONES FUTURAS DEL
PRINCIPIO DE BUENA FE 334

1. La progresiva utilización del principio y la seguridad jurídica.

2. El cambio social, el cambio jurídico y la
buena fe.

CONCLUSIONES 350

Bibliografía 357

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ALGUNAS PALABRAS PRELIMINARES

El tema que nos propusimos abordar tiene connotaciones multidireccionales en el fenómeno jurídico, de allí su trascendencia y la imposibilidad de agotarlo. La buena fe, sea cual fuera la forma en que se la entienda, aparece a cada paso en las instituciones jurídicas, en las normas, en el concepto mismo de Derecho y en la consideración de sus fines.

No nos proponemos escapar al enfoque filosófico del tema, para centrarlo en la esfera positiva, sino que, por el contrario, hemos preferido dar al presente estudio un enfoque general en el cual la referencia al Derecho positivo sirva para reforzar y ejemplificar nuestras afirmaciones.

El Derecho no se agota, ni mucho menos en los textos legales; antes bien vive y así debe ser en permanente contacto con la realidad, de lo cual resulta que para analizar un tema jurídico no basta con ver qué dicen los artículos del código, sino que debe estudiarse cuál es la utilización y aplicación que de dichos textos se haga por la jurisprudencia, por ejemplo, y también cuál es la realidad de su empleo concreto por los miembros de la comunidad a quienes la norma va dirigida.

La mención del concepto "buena fe" es constante en el Derecho Civil; desde antiguo aparece en materia posesoria y aún ligada a los contratos. En los códigos decimonónicos, cuyo paradigma es el Code Napoléon, encontramos artículos que imponen la obligación de ejecutar los contratos de buena fe; pero lo importante no es la literalidad de dichas disposiciones, sino la forma en que se las ha entendido. Así, las potenciales funciones del principio de buena fe sólo han sido actualizadas parcialmente hasta nuestros días, en que asistimos a una renovación del es-

píritu que aspira a corregir los excesos del legalismo positivista. Como reacción a la posición exegetica, se aprecia una tendencia a la flexibilización del ordenamiento jurídico. En esta dirección, la buena fe -aun sin modificarse los textos legales que aparentemente no decían nada- resulta uno de los elementos aptos para lograr la adecuación del Derecho a la realidad. A medida que los problemas surgen la inagotable virtud jurígena del principio de buena fe brinda soluciones nuevas; de allí la importancia de su estudio en un momento de profundas transformaciones sociales y económicas, a la par que científicas y técnicas, en el que apreciamos un amplio desarrollo de las potencialidades del concepto (1).

En toda ciencia el investigador debe partir de los logros alcanzados para progresar hacia nuevas metas; si volviéramos al punto cero de la evolución para verificar personalmente todos los datos, para comprobar la solidez de todas las teorías, la humanidad nunca avanzaría (2). No pretendemos descubrir nada nuevo, pero tampoco queremos volver a caminar los senderos ya trazados sin más; ello, sumado al reconocimiento de nuestras propias limitaciones nos lleva a dejar de lado el tema histórico. Muchos son los estudios que abordan la cuestión de la buena fe en el Derecho Romano y su evolución en las épocas subsiguientes, a ellos nos remitimos y remitimos al lector, para entrar de lleno en la consideración que el tema recibe modernamente.

La importancia de la buena fe trasciende con mucho el marco de lo jurídico para penetrar todas las facetas de la vida humana de relación; se revela así su profunda e íntima vinculación con la moral, las buenas costumbres y todo orden de regulación de la vida en interferencia con los demás hombres. De allí que se busque donde se busque hallaremos siempre referencias concretas a la buena fe, desde Cicerón hasta el Marqués de Santillana. Son múltiples las referencias que la literatura gene

ral ofrece de la buena fe; tanto en la novela como en el teatro, en la poesía como en el ensayo, surge repetidamente la referencia a la buena fe (3).

Como ha dicho Hernández Gil, con todo acierto, la buena fe no es una creación de los juristas (4), es algo que forma parte, diríamos, de las creencias-ambiente, para utilizar la terminología de Ortega y Gasset (5).

Resulta necesario formular una aclaración sobre la delimitación del tema. Nos ocuparemos del principio general de la buena fe en tanto tal principio; no abordaremos la consideración de la llamada buena fe subjetiva, que es a nuestro juicio un corolario, más o menos específico, del principio general (6).

Hemos iniciado el desarrollo del tema con la referencia a los principios generales del Derecho, andamiaje fundamental del Derecho. Abordamos a renglón seguido el principio general de buena fe y luego de analizar su esencia y el contenido al que remite, nos ocupamos de las funciones del principio, tal cual hoy aparecen y en las posibilidades de futura proyección.

- (1) Sobre la diferente consideración doctrinaria y jurisprudencial del principio, resulta sumamente ilustrativa la obra de CORRADINI, D. "Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato", Giuffrè, Milán, 1970.
- (2) Conf. MOISSET DE ESPANES, L. "Relaciones entre el adquirente que soporta una acción reivindicatoria y el enajenante fraudulento", ed. del aut., Córdoba (Argentina), 1968, p. 9 y ss.
- (3) No nos proponemos hacer un estudio de la buena fe en la literatura, aunque la tarea no carezca de interés; mencionamos a continuación algunos de los textos en que hemos encontrado referencias a la buena fe como orientación para quien tuviera interés en este aspecto, y como ejemplo de lo dicho.

El Marqués de Santillana hace de la buena fe el "leit motiv" del siguiente cantar:

Si tu deseas a mi
yo non lo sé;
pero yo deseo a tí
en buena fe.

I

Ca non a ninguna /más/,
así lo ten;
nin es, nin será jamás
otra mi bien.
En tan buen ora te ví
e te fablé,
que del todo te me dí
en buena fé.

II

Yo soy tuyo, non lo dudes
sin fallir;
e non piensses al, nin cudes
sin mentir.
Después que te conocí
me captivé,
e seso e saber perdí
en buena fé.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

III

A tí amo e amaré
toda saçón,
e siempre te serviré
con grand raçón:
pues la mejor escogí
de quantas sé,
e non finjo nin fengí
en buena fé.

(Marqués de Santillana, "Poesías Completas" (edición de M. Durán), Clásicos Castalia, Nº 64, Madrid, 1975, T. I, p. 76.).

Jacinto Benavente en "Los intereses creados" se refiere a la buena fe comp proceder honesto y leal; así el Doctor expresa: "Y proceder al depósito de fianza por parte de los querellantes, porque no pueda haber sospecha en su buena fe...". (Benavente, J. "Los intereses creados", 7a. edic., Cátedra, Madrid, 1981, Acto II, Esc. VIII, p. 115). Véase también CASTAN VAZQUEZ, J. "Benavente y sus ideas sobre la justicia", en Rev. "Nuestro Tiempo", Nº 150, p. 616 y ss.

También Shakespeare, como no podía ser de otra forma, pone en boca de sus personajes referencias a la buena fe. "Y vos, Graciano, ¿vais de buena fe?"-interroga Bassanio a Graciano, quien responde: "Sí señor; de buena fe". (Shakespeare, W. "El mercader de Venecia" (trad. de Astrana Marín), 13a. edic., Espasa-Calpe, Colección Austral, Nº 109, Madrid, 1980, Acto III, Esc. II, p. 60.).

Fernández Flores recopila una serie de ensayos y comentarios periodísticos bajo el título "Impresiones de un hombre de buena fe"; (Fernández Flores, W. "Impresiones de un hombre de buena fe", Espasa-Calpe, Colección Austral, Nº 1343, Madrid, 1964).

Por su parte, un jurista español contemporáneo ha escrito:

Buena fe.

Minero, que devora el propio abismo,
en cavar mis entrañas me entretengo.
Cuando subo del pozo de mí mismo
con solo una verdad cargado vengo.

Si bien, que me atribuyen, no lo tengo
-he cavado entre rocas de egoismo-

y maldad, que me achacan, yo mantengo
que es de ajeno dolor el espejismo,

por fuerza de justicia es necesario
que admita la bondad de los humanos
mientras no se demuestre lo contrario,

dejándose de tirios y troyanos,
de las razas yodadas y del ario;
dejándose de moros y cristianos.

Oviedo, 1966

(Prieto Prieto, A. "Diario de un universitario español", publicado en el volumen "Algunas consideraciones sobre el 'Alma Mater' ", Universidad de León, León, 1982, VII. "Lecciones de Derecho Privado", C. "La buena fe").

- (4) HERNANDEZ GIL, A. "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980, p. 173.
- (5) ORTEGA Y GASSET, J. "Ideas y Creencias", 8a. edic., Espasa-Calpe, Colección Austral, Nº 151, Madrid, 1976.
- (6) Sobre el punto volveremos en el Cap. II y en el Cap. III, y en Cap. IV, punto 1.

CAPITULO I

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Sumario:

1. Concepto.
2. Naturaleza.
3. Caracteres.
4. Clasificaciones.
5. Funciones.
6. Normatividad de los principios generales.
 - A. Moral, valores y principios jurídicos.
 - B. Jerarquía de los principios entre sí.
7. Recepción de los principios en el Derecho positivo.
Significación. Jerarquía de los principios respecto
a las demás fuentes formales del Derecho

1. CONCEPTO.

Al igual que en otros temas de la Teoría General, al abordar el estudio de los principios generales nos encontramos con dos posturas claramente diversas entre los autores; una de neto corte positivista y la otra de carácter iusnaturalista. Según nos ubiquemos en una u otra, serán distintas las características que atribuyamos a los principios, así como las funciones que les reconozcamos (1).

Para la postura positivista, los principios generales del Derecho constituyen las notas esenciales y básicas de la estructura de un ordenamiento jurídico dado. No hay, según esta corriente, principios de validez universal, ahistórica, sino que éstos son propios de cada sistema de Derecho positivo. Una consideración semejante impone de suyo la obtención o conocimiento de los principios generales a posteriori y por vía inductiva, ya que primero debemos conocer el sistema normativo para luego extraer las coordenadas fundamentales. Para los sostenedores de esta opinión "los principios generales constituyen las cotas máximas resultantes del proceso de inducción, de suerte que ya vienen dados aun cuando no aparezcan enunciados" (2).

La postura iusnaturalista atribuye a los principios del Derecho una existencia anterior y superior a los diversos y varios ordenamientos concretos. Los principios serían una instancia de referencia, de validez general y ahistórica. Para esta posición, que compartimos, los principios generales encarnan en cierta forma un "pre-derecho", representan una manifestación más de los valores esenciales de la vida de relación. Según esta tesis, los principios generales gozan de una jerarquía superior a la de las diversas normas concretas que componen el ordenamiento. Los principios no se obtienen por inducción, a partir de las

disposiciones legales, siendo éstas últimas derivaciones de aquellas verdades fundamentales. Si admitimos que los principios representan valoraciones de rango superior y de existencia anterior, llegamos sin inconveniente a la atribución a los principios de una función trascendente: la función legitimadora. El ordenamiento -entendido como conjunto normativo positivo- será legítimo en la medida en que recepte y reconozca estos principios. Surge sí, un problema: ¿cómo llegamos al conocimiento y formulación de los principios, así entendidos ? (3).

Ha sido siempre una de las objeciones más fuertes contra el iusnaturalismo, la relativa al conocimiento de las normas que integran ese orden normativo superior. El recurso a la razón humana, genera resistencias pues perjudica, según se afirma, la seguridad jurídica. Puede decirse que estos principios están "inscritos" en la razón humana; hay una noción intuitiva de estos elementos fundantes y fundamentales del fenómeno jurídico. Prueba de ello es que hasta la persona más lega puede formular -aun sin la menor precisión técnica- la mayoría de los principios. Probablemente esto se deba a la estrecha vinculación existente entre la moral y el Derecho; ya veremos cómo muchos de los principios generales tienen una marcada naturaleza ética. Por otro lado, muchas veces los principios "son de pura lógica" y surgen de por sí; son la consecuencia natural del pensar correcto.

La diferencia del ángulo de observación trae aparejada la diversidad entre los conceptos con que se ha definido a los principios generales. Por otro lado, las diversas funciones que se atribuyen a los mismos genera, también, dificultades a la hora de formular una definición única.

Dice Esser, exponente de la postura positivista en esta materia, que "todo superior trasfondo del derecho, que originariamente

te es concebido como un supuesto orden super-legal situado al margen del sistema escrito, debe tener siempre en cuenta las condiciones jurídicas de estructura y control, si quiere ser realmente una pieza del ordenamiento. Un principio de derecho, -remarca-, no puede culminar en una especie de suprajuridicidad" (4).

Para Sánchez de la Torre, los principios generales del Derecho son "elementos permanentes de la existencia humana intersubjetiva, antes de que nazca no sólo la ciencia jurídica, sino los primeros tanteos históricos que habrían de conducir a las primeras institucionalizaciones de conductas humanas convivenciales, en su nivel más elemental" (5).

Del Vecchio identifica los principios generales con las "verdades supremas del derecho 'in genere', o sea aquellos elementos lógicos y éticos del derecho, que por ser racionales y humanos son virtualmente comunes a todos los pueblos" (6).

La doctrina española ha dedicado interesantes páginas al tema, prevaleciendo marcadamente la tendencia iusnaturalista, con mayores o menores limitaciones impuestas a la aplicación de los principios generales de corte supra-positivo (7). Para de Castro los principios generales son "un tipo de exteriorización del Derecho... criterios de valoración no formulados, con fuerza de evidencia jurídica" (8). Castán Tobeñas mesuradamente recoge la postura iusnaturalista, pero la matiza, pues "nos llevaría -dice- a soluciones de gran indeterminación y exagerada libertad en el intérprete"; afirma: "es esencial... que los principios generales del Derecho sean concebidos y aplicados dentro del ámbito de criterios objetivos, hermanando los peculiares del Derecho positivo patrio con los universales y supremos del Derecho natural" (9). Díez Picazo sostiene que "la sustancia de los principios generales consista

en que constituyen normas básicas reveladoras de las creencias y convicciones de la comunidad respecto de los problemas fundamentales de su organización"(10).

Para nosotros, los principios generales del Derecho son guías, o ideas-fuerza con contenido normativo propio que recogen en forma esquemática las orientaciones fundamentales de la realidad específica de lo jurídico.

2. NATURALEZA

Tratar de determinar el concepto de los principios generales impone el análisis de su naturaleza intrínseca; en este orden de ideas consideramos fundamental preguntarnos si los principios son normas jurídicas. Múltiples son las respuestas que se han brindado a este interrogante. Esser afirma categóricamente, "un principio jurídico no es un precepto jurídico, ni una norma en sentido técnico, en tanto no contenga ninguna instrucción vinculante de tipo inmediato para un determinado campo de cuestiones, sino que requiere o presupone la acuñación judicial o legislativa de dichas instrucciones. Los principios jurídicos, a diferencia de las normas de derecho, son contenido en oposición a forma" (11). Entre los que consideran que los principios son normas, destaca la opinión de Ripert quien sostiene que "el principio es regla pues es una directiva de conducta" (12). En la misma línea, afirma Díez Picazo, "los principios generales del Derecho... son auténticas normas jurídicas en sentido sustantial, pues suministran pautas o modelos de conducta" (13).

La respuesta depende de qué entendamos por "norma" (14). Si nos adherimos a un concepto de norma en el sentido de aquella

proposición que contiene un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica (dado p debe ser q), es obvio que no encontraremos en los principios generales auténticas normas. Los principios tienen una esencia normativa pues imponen una forma de conducta, pero su normatividad no se refleja en una estructura formal externa.

No todos los principios presentan una formulación normativa del tipo descripto arriba, aunque sí aparece en algunos (15). En la mayoría de los casos los principios se enuncian mediante máximas o incluso simplemente mediante un "nombre". Así tenemos el principio general del "enriquecimiento sin causa" o el principio general de "buena fe". La normatividad de estos principios no radica en la fórmula de enunciación, sino en su fuerza vinculatoria para exigir determinada forma de conducta.

Si tratamos de dar una fórmula a esa normatividad, nos encontramos con dos posibilidades; hay principios que sólo nos permiten expresar una norma de la forma "debe ser q", sin mención a un supuesto de hechos concreto. Por ejemplo: "todo sujeto debe actuar de acuerdo con la buena fe". Otras veces podemos aproximarnos al esquema compuesto "dado p debe ser q", como sucede en el caso de enriquecimiento injusto; la norma configurada por el principio se enunciaría así: "el que se enriquezca sin causa (o injustamente), deberá restituir aquello con lo que se ha enriquecido". En el primer caso nos encontramos con una formulación normativa "primaria" o primitiva, sumamente simple, de la que se derivarán escalonadamente otras normas más concretas que presentarán ya la forma tradicional. En el segundo supuesto, la estructura normativa, sin dejar de ser general, es sí más evidente; sin perjuicio de posteriores desarrollos, podemos decir que en estas hipótesis se ha dado ya un paso más en la jerarquía normativa.

Sánchez de la Torre dice que se trata de afirmaciones

pre-jurídicas (16), refiriéndose en concreto a los 'tria iuris praecepta' de la definición de Justiniano. No nos queda muy claro qué quiere decirse con esto de la pre-juridicidad ya que, en otro pasaje de la misma obra, se afirma que "los principios del Derecho constituyen expresión de la verdad jurídica inmanente en la estructura de la realidad inter-humana" (17). Nosotros entendemos que los principios generales, aun cuando guardan íntima relación con la moral, no pierden por ello su carácter de elementos del fenómeno jurídico, considerado en sentido amplio.

Se destaca la indeterminación esencial desde la que actúan los principios generales, característica que se opone a la determinación tipificada de las normas propiamente dichas (18); pero esa generalidad -o incluso, si se quiere, esa imprecisión- no les quita a los principios -a nuestro juicio- su función normativa. En la precisión hace radicar Stati la diferencia entre los principios y las normas (19). Siguiendo en esta línea, dice Esser que lo que distingue al principio de la norma no es la abstracción sino la imposibilidad de circunscribir un grupo de casos a los que resulta aplicable. Nosotros pensamos que tratándose precisamente de principios "generales" su aplicabilidad no queda reducida a un grupo determinado de supuestos, sino que su vinculatoriedad rige para toda conducta en interferencia intersubjetiva.

En nuestra opinión, los principios generales son normas jurídicas en la medida que significan o encarnan directivas para la actuación de los hombres en sus relaciones recíprocas. Aceptamos sí que la forma normativa se halla bastante diluída en el caso de los principios, siendo mucho más evidente su contenido, pero la esencia de la norma jurídica no es la forma, sino precisamente su contenido. En el caso de los principios generales lo que sucede es que el revestimiento técnico normativo, esto es la formulación exterior del principio, no alcanza la

forma tradicional que presentan las normas; el contenido normativo, la directiva de conducta aparece prácticamente sin cubiertas o "envases" de tipo técnico (20).

El hecho de que se trate de normas no quiere decir que no puedan actuar, a su vez, como fuentes de otras normas más concretas, elaboradas con mayor precisión técnica, en las que se desarrollen tanto los supuestos de hecho, como las consecuencias jurídicas a ellos aplicables. A propósito, vemos que hay ocasiones en que el desarrollo o desenvolvimiento del principio tiene más relación con el supuesto de hecho que con la consecuencia jurídica. Así sucede, por ejemplo, con el principio del enriquecimiento sin causa. El desarrollo de este principio significará la determinación de cuáles sean las hipótesis en que se produzca un enriquecimiento injusto; la consecuencia sufrirá modificaciones más limitadas y de marcado carácter instrumental. En otros casos, el desarrollo del principio lleva una carga mayor sobre la consecuencia jurídica; tal lo que sucede con el principio de buena fe, ya que lo esencial será determinar cuáles son las consecuencias o las obligaciones o deberes que surgen de este criterio. Los supuestos de hecho a los que se aplique serán sumamente amplios, ya que la obligación de actuar de buena fe abarca la totalidad de las relaciones jurídicas posibles.

Entendidos los principios generales como aquellas verdades immanentes en toda realidad jurídica llegamos a la conclusión de que detrás de cada norma concreta de Derecho positivo hay un principio general. Unas veces la vinculación con el principio es evidente. Otras veces la relación casi no se aprecia debido a las múltiples fases que median entre el principio y la norma en su formulación concreta. La envoltura técnico normativa se hace, en ocasiones, tan minuciosa y complicada que resulta difícil, en un primer análisis, descubrir el principio que

la informa (21). Los principios informan no sólo normas concretas sino áreas jurídicas, instituciones, etc.; en estos conjuntos globales las normas que se introducen y que son corolario directo de determinados principios, se combinan con otras que responden a necesidades de técnica y organización sistemática. A pesar de la gran trascendencia de los principios como elementos informadores del ordenamiento pensamos que no todos los dispositivos de un cuerpo legal concreto son desarrollo de los principios generales. Hay muchas normas que son el producto de meras convenciones, o bien el resultado de necesidades técnicas, o la resultante de criterios científicos o dogmáticos circunstanciales.

3. CARACTERES DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Tropezamos también en este punto con el obstáculo señalado en materia de concepto. La multiplicidad de sentidos en que se entiende la expresión, la diversidad de los referentes implicados, la variedad de tipos o clases de principios hace que sea difícil fijar cualidades predicables de todos ellos.

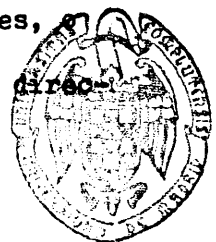
Mans Puigarnau señala como las características fundamentales, las siguientes: principialidad, generalidad, juridicidad (22).

Lluís y Navas pone el acento en su carácter informante de las disposiciones legales, la carencia de expresión positiva, la complejidad funcional, el alcance graduable, su sometimiento a condiciones histórico-sociales, su vinculabilidad técnica y su carácter plurivalente (23). Respecto al carácter de "normatividad oculta" de los principios, matiza Lluís -con todo acierto-, es sólo relativa; "ordinariamente es así, pero en casos excepcionales el legislador formula los principios en que se inspira" (24). Creemos, con Hernández Gil, que aun cuando sea

nota común en los principios la ausencia de su expresión técnico-normativa, esta característica no hace a la esencia de los principios y, cuando excepcionalmente, ... presentan una apariencia exterior, una expresión técnica no pierden por ello su naturaleza de principios. "No ha de confundirse la no necesidad de una formulación normativa -que es evidente- con la incompatibilidad del principio con su recepción por una norma legal" (25).

Sánchez de la Torre afirma -siguiendo a Cencillo- que las características de los principios son: vección, ambigüedad abierta, irreversibilidad, metabolismo de valor, tendencia a realizar un sentido (26), señalando -más adelante- algunas de las que considera notas secundarias, entre las que destaca "su valor intrínseco, su virtualidad propia e imparticipada, su imperio efectivo o fuerza de inducción... su poder de persuasión y dominio de la conciencia, su transmisibilidad tradicional...", etc. (27).

Por su parte, García de Enterría señala como las principales características, que surgen de la propia denominación del objeto, : principialidad, generalidad, juridicidad o tecnicidad (28). La principialidad pone de relieve el carácter "básico" de los principios "como soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento". La generalidad no la enfoca el autor en cuanto a la calidad del supuesto de hecho, sino que es consecuencia de que los principios "trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos"; pero además la generalidad reside asimismo en el carácter objetivo de la regla del principio. Por fin, la juridicidad la refiere García de Enterría a la tecnicidad de los principios que no son "simples criterios morales, y menos aún, las famosas buenas intenciones, o vagas e imprecisas directivas" (29).



Para nosotros las notas típicas más relevantes de los principios generales del Derecho son las siguientes: universalidad del contenido; historicidad de sus aplicaciones; potencialidad jurígena (tanto en el sentido de ser fuente de normas, como en el de generar por sí auténticas reglas de conducta, para dar marco jurídico a las relaciones que se plantean en el ámbito de la realidad social); existencia previa al ordenamiento; representación de valores jurídicos.

Los principios generales representan, o portan, ideas básicas de la convivencia humana, aplicables en cualquier tiempo y lugar. La universalidad de su validez proviene, en parte, de su íntima relación con los valores jurídicos. Siendo los valores la representación de aquellos ideales de toda sociedad, las cualidades que se aspira a realizar, veremos que todas las comunidades, en todos los tiempos y lugares han reconocido y estimado los principios generales, porque estiman la justicia, la seguridad, la equidad, el orden, etc. Esta universalidad de sentido no implica uniformidad de recepción positiva, ni tampoco uniformidad de las concretas derivaciones que, en las diversas circunstancias, se potencian. Se trata pues de una universalidad profundamente vinculada con el marcado carácter axiológico de los principios.

Los principios generales son una de las formas de manifestación de los valores; en el camino hacia la concreción técnica los principios generales serían algo así como la primera envoltura normativa externa de los valores (30). La estrecha vinculación "principios generales del Derecho-valores jurídicos" ha sido resaltada constantemente por la doctrina. "El principio general -dice Villa Palasí- es esencialmente algo valorativo", agregando más adelante que "todo principio en el mundo del Derecho se sitúa a la vez en el mundo ideal de los valores y en el mundo real" (31). Podemos afirmar con Iñuís y Navas que "los principios

jurídicos tienen una base permanente (los valores que reflejan) -y- un elemento contingente (las circunstancias a que el legislador ha de adecuarse)" (32).

La historicidad de los principios afecta sobre todo a sus aplicaciones concretas. El Derecho como producto cultural no puede ser ajeno a las particulares condiciones y circunstancias que tipifican, en las distintas épocas y lugares, a las sociedades humanas, modificando sus necesidades (33). Esta relatividad histórica de todo lo jurídico, a la que no escapan los principios generales, trae aparejada la variabilidad de las aplicaciones concretas de dichos principios en función de las circunstancias. Nosotros creemos que lo que resulta afectado por la historicidad son las formulaciones concretas con las que se desarrolla un principio determinado. En enriquecimiento injusto generará siempre la obligación de restituir, pero ¿qué debe entenderse por "enriquecimiento injusto"? ¿cuáles serán las medidas con que contará el perjudicado? ¿en qué condiciones podrá ejercerlas? En la determinación de estos aspectos cobran actualidad y se reflejan las circunstancias particulares de una comunidad.

"Las ideas puras son generales y permanentes, pero las situaciones sociales cambian según el lugar, el tiempo y los gobernantes. Ello afecta a los principios..." (34). Decíamos antes que los principios ponen en relación los valores con la realidad; aquéllos aportan la universalidad o permanencia, ésta impone la adecuación y evolución dinámica de los principios. Cuando hablamos de historicidad nos referimos a la modificación de las necesidades y aspiraciones de una comunidad. La influencia de las circunstancias afectará las derivaciones y corolarios que se actualizarán de entre las que potencialmente contiene el principio, así como a la jerarquía interna de los principios, es decir, la determina-

ción, ante el enfrentamiento de dos principios, de cuál debe sobreponerse al otro.

Una de las características más importante de los principios es su creatividad o potencialidad jurígena. Esta potencialidad, siempre abierta, se manifiesta en dos direcciones: a) creación de normas concretas de desarrollo, y b) normatividad directa respecto a algunas relaciones jurídicas, generalmente no reguladas.

Decimos que se trata de una potencialidad abierta pues no se agota. Algunos autores entienden que una vez que un determinado principio ha sido incorporado a un ordenamiento jurídico, sea mediante su simple enunciación, sea a través de normas específicas, su potencialidad se ve reducida o desaparece por completo; a partir de ese momento el principio no actuaría por su propia fuerza, sino en virtud de su incorporación al cuerpo legal, Nosotros creemos que aun cuando un principio haya sido incorporado a un cuerpo legal con formulación expresa, aun cuando haya dado origen a un cierto número de normas específicas, el principio conserva intacta su potencialidad jurígena y puede dar lugar a nuevas reglas, a la vez que puede actuar por sí regulando situaciones no previstas (35). La creatividad del principio no se agota con la creación, sino que perdura, lo cual permite al principio cumplir una de sus funciones esenciales, cual es la de actuar como válvula de adaptación de la ley a la realidad siempre cambiante de la sociedad.

La potencialidad jurígena se manifiesta -creemos- en dos direcciones. Por una parte, los principios actúan como fuentes de normas jurídicas concretas. Esta función "genética" da lugar al nacimiento de disposiciones específicas que recogen las directivas y los valores incorporados en los principios. Pero no se agota allí la función jurígena. Los principios actúan de por sí para dar marco jurídico adecuado a situa-

ciones no reguladas expresamente. La rica realidad de la vida crea permanentemente nuevas relaciones entre los hombres que necesitan alguna forma de regulación. Resulta imposible al legislador prever todas las situaciones regulables en una época dada, y con más razón las que devendrán con la modificación de las circunstancias, económicas, sociales, políticas, científicas y técnicas, producto del desarrollo de la humanidad. Frente a estas nuevas relaciones y hasta tanto el legislador adecúe los diversos cuerpos dispositivos, los principios actúan por sí. Se pone así de manifiesto su carácter de normas jurídicas.

Hay quienes creen que los principios tienen potencialidad jurígena o "nomógena" en tanto son manifestación de la "fuerza normativa de lo fáctico" (36) De esta forma los principios darían lugar a relaciones jurídicas en sí, serían fuente de relaciones jurídicas. Nosotros pensamos que el carácter de "jurídica" de una relación no viene impuesto por la existencia de una norma -más o menos concreta- que la regule, sino por la propia normatividad material que la relación misma encarna. No creemos que los principios den lugar a que nazcan relaciones jurídicas sino que una vez que éstas nacen y ante la necesidad de una regulación, los principios cumplen esa función (37). Es nota esencial de los principios la de su fecundidad inagotable para dar lugar a la adaptación de la ley a las nuevas circunstancias fácticas.

Consideramos que otra característica de los principios generales es su existencia anterior y superior a las normas del ordenamiento legal concreto. Los principios generales representan valores inmanentes de la ética y la lógica de las relaciones humanas. Esta nota explica otra de las funciones que desarrollan, a nuestro juicio, los principios: la de informar todo el ordenamiento.

Compartimos la opinión de Hernández Gil (38) en el

sentido de que cuando se trata de fijar las características esenciales de algo no puede prescindirse de sus funciones, para detenerse sólo en su aspecto estático. Si bien se ve, cada una de las cualidades que hemos atribuido a los principios justifica una de las funciones que les reconocemos. Así su universalidad vinculada con la historicidad se relacionan con su función "informadora"; su potencialidad jurídica está conectada con la función integradora; la historicidad se vincula estrechamente con su función de adaptación a través de la interpretación; su normatividad intrínseca actúa eficazmente en el caso de la función limitadora de los derechos.

Además de éstas que son cualidades esenciales, hay otras de menor relevancia y que hacen más a la forma que a la sustancia misma de los principios. Por ejemplos nos referimos a la expresión de los principios, tan propensa a la síntesis, lo que hace que, a veces, confundamos los principios con las máximas que los expresan. Sobre el punto cabe destacar que no toda máxima expresa un principio general del Derecho. Hay muchas máximas o brocardos que sintetizan fórmulas técnicas accesorias que no reflejan forzosamente la esencia misma del fenómeno jurídico, como sí ocurre con los principios generales. Por ejemplo, la máxima del "nemo auditur..." o la de "de minimun non cura pætor..." -para sólo citar algunas- no son manifestación de principios generales, sino convenciones que hacen al mejor funcionamiento de los órganos encargados de aplicar el Derecho (39).

4. CLASIFICACIONES

Cada autor, dependiendo del punto de vista desde el que analiza la cuestión, procede a formular una clasificación de los princi-

prios generales. Mencionaremos algunas a título ilustrativo.

Esser distingue: principios institucionales y principios informativos. Los primeros son aquellos principios que se "han materializado en instituciones positivamente reconocidas; son principios 'normativos' ", pues han sido incorporados al sistema positivamente (40). (Hay que tener en cuenta que cuando este autor habla de normatividad de los principios lo hace en un sentido sumamente restringido, pues el carácter normativo de los principios no es intrínseco, sino que les viene dado por el hecho de haber sido reconocidos expresamente por el ordenamiento). Los principios informativos son aquellos que "al rebasar los límites de su incorporación ya realizada, no son otra cosa que 'guides' "(41). En otro lugar formula otra clasificación, distinguiendo principios axiomáticos, problemáticos y dogmáticos (42); vincula los primero con la posibilidad de deducción y su importancia en la actividad de construcción, característica de la dogmática; los principios problemáticos juegan una función como puntos de partida en el proceso de argumentación; finalmente, los de carácter dogmático recogen lo que podríamos llamar desarrollos técnico-jurídicos.

Federico de Castro propone otra clasificación; cree que los principios se distinguen en: principios de Derecho Natural; principios tradicionales, y principios políticos (43). Los principios de Derecho Natural son aquellas ideas básicas recogidas por ese ordenamiento superior revelado por la razón que constituye el Derecho Natural; en este sentido sostiene de Castro que la positivación del Derecho Natural se lleva a cabo, en el Derecho español, mediante la remisión a los principios generales. Los principios tradicionales son el resultado de la evolución de una comunidad concreta; quedan comprendidos aquí las costumbres y los usos, las ideas filosóficas aceptadas, así como las concepciones religiosas mayo-

ritarias. "Los principios jurídicos tradicionales o nacionales son los que dan su típica fisonomía al ordenamiento jurídico de un pueblo" (44). Por último, son principios jurídicos políticos los que representan el esquema organizativo básico del Estado; su eficacia no se agota en las leyes políticas sino que trasciende a todo el ordenamiento. Afirma Federico de Castro que "los principios políticos, como expresión de la voluntad rectora del Estado son los más enérgicos, pero en su eficacia jurídica están subordinados a la fuerza legitimadora del Derecho Natural, y respecto a su eficacia social no habrán de contrariar los principios nacionales"(45).

Nosotros entendemos que las clasificaciones sólo son útiles cuando reflejan auténticas diferencias en el objeto y tienen trascendencia en el orden práctico. Respecto a los principios generales, como respecto a cualquier otro objeto de estudio, podrían formularse innumerables clasificaciones según el punto de análisis que se adoptara. Podrían distinguirse los principios según estén o no incorporados específicamente en un sistema legal dado; según su materia o área propia (principios constitucionales, penales, privados, etc.); según la finalidad con que se los utilizara ; o de acuerdo a su contenido propio (principios de justicia material, principios técnicos, etc.). Las clasificaciones serían así prácticamente ilimitadas. Creemos que en esta materia tampoco contribuyen a clarificar el tema desde el punto de vista didáctico y ello es así porque todos estos principios conforman una categoría con caracteres compartidos y las distinciones formuladas no reflejan variaciones sustanciales, sino en todo caso periféricas.

No podemos compartir la clasificación de Esser, pues este autor parte de la consideración de que no todos los principios tienen normatividad intrínseca y, como ya hemos adelantado, para nosotros la potencialidad jurígena es propia de los mismos. Tampoco nos parece

muy acertada la clasificación de de Castro pues incluye dentro de la categoría de principios generales algunas ideas que no son tales; por ejemplo cuando se refiere a los principios tradicionales o a los políticos remite a las ideas fundamentales que inspiran un determinado sistema pero que adolecen de la falta de generalidad al referirse exclusivamente a un ordenamiento concreto. Por otro lado, en lo que se refiere a los principios "nacionales o tradicionales", si bien su esencia diferenciadora radica en que son el resultado del desarrollo de una sociedad o nación dada, una simple revista de los que el autor considera principios del ordenamiento español, nos muestra que dichos principios no son exclusivamente, ideas guía en el Derecho peninsular, sino que podrían muy bien ser referidos a otros muchos ordenamientos (46).

El afán clasificatorio es uno de los elementos típicos del pensamiento dogmático jurídico. Parece que los juristas no quedan satisfechos si no formulan la clasificación del objeto que están estudiando, sin importar demasiado qué utilidad tenga esa clasificación o si responde a una distinción real, ni si atiende a la existencia de diversas consecuencias o efectos concretos. Pensamos que ninguna de las clasificaciones dadas de los principios generales tiene trascendencia práctica, y como tampoco hallamos, al menos por ahora, un justificativo didáctico, nos abstendremos de formular tipología alguna.

5. FUNCIONES

La importancia fundamental de este elemento del fenómeno jurídico radica precisamente en las funciones que desempeña. En la evolución del pensamiento dogmático han sido diversas las potencialidades atribuidas o reconocidas a los principios. Desde la mera función de fuen

te subsidiaria de normas, hasta la de informar el total ordenamiento jurídico.

De Castro sostiene que los principios cumplen tres funciones: a) ser fundamento del ordenamiento jurídico; b) ser orientadoras de la labor de interpretación, y c) servir de fuente en caso de insuficiencia de ley o costumbre. La primera de las funciones mencionadas tiene, a nuestro juicio, una gran trascendencia ya que se desdobra en dos direcciones, una legitimadora y otra, organizativa. No reduce el cumplimiento de esta función a los que ha definido como principios de Derecho Natural, sino que la extiende a las otras dos clases de principios. Afirma: "la contradicción entre los textos legales y los principios jurídicos es de extrema gravedad para el orden jurídico. La desviación fundamental respecto de los principios de Derecho Natural origina la condenación del ordenamiento por antijurídico; el apartamiento de los ~~principios~~ tradicionales, a su vez, producirá la repudiación por tiránico o antinacional; la contradicción con los principios políticos significará la ineficacia y la derogación tácita de los textos legales irreconciliables" (47).

Para que un principio pueda servir como fundamento es necesario que preexista a quello que va a fundar (48); nos parece, pues, que dicha pre-existencia sólo se da con plenitud en el caso de los principios llamados "de Derecho Natural"; es dudosa en el caso de los principios tradicionales y no existe en el caso de los principios políticos. Los últimos -como ya hemos dicho antes- no son a nuestro juicio auténticos principios generales del Derecho; no pasan de ser las líneas básicas que circunstancialmente organizan un determinado proceso político. Si, como nosotros pensamos, cuando se habla de "fundamento" se hace referencia en realidad a una función legitimadora, debemos detenernos en la consideración de qué habremos de entender por legitimación. Si entendemos a la

legitimación en un sentido general y abstracto, como verificación del respeto de ciertos valores esenciales para la convivencia humana en todos los tiempos, es obvio que los principios políticos podrán no cumplir siempre esa misión; sólo la llevarán a cabo cuando sus postulados coincidan con aquellos valores, lo que lamentablemente no siempre ocurre. Puede también hablarse de una legitimación reducida, como simple marco circunstancial para determinadas situaciones; en esta hipótesis los principios políticos legitimarán ciertas normas y negarán legitimación a otras, aun en contra de la legitimación en justicia o axiológica que hemos descrito en primer término. Para nosotros sólo es auténticamente legitimación la primera.

En cuanto a la orientación de la labor interpretativa, sostiene de Castro que "los principios señalan el método de interpretación de las normas propio del ordenamiento jurídico y, además, indican en cada caso concreto la fórmula interpretativa que se debe elegir..." (49). Creemos que más que determinar las fórmulas de interpretación, los principios sirven de guía al intérprete para revisar y juzgar el resultado, para contrastar la interpretación obtenida y verificar si ella es conforme a la sustancia de los mismos. En realidad, los principios en materia de interpretación cumplen una misión sustancial y no meramente relativa a la forma.

Finalmente reconoce de Castro que los principios pueden servir como fuente subsidiaria y hace concreta referencia a la fórmula del antiguo artículo 6 del CC español, por cuya vía se "resuelve, por medio de los principios generales, la cuestión de las lagunas del derecho" (50).

Para Sánchez de la Torre los principios generales del Derecho desarrollan varias misiones: 1) interpretadora; c) integradora; 3) programática; 4) limitadora; 5) sistematizadora (51). A su vez, Díez

Picazo destaca la "función vertebradora o estructuradora" que cumplen los principios respecto del ordenamiento "porque: 1º. tienen un carácter básico y fundamental en la organización del grupo humano que por él se conduce; 2º. revelan de modo espontáneo el sistema de creencias y convicciones en que reposa la organización de tal grupo social" (52).

Esser sostiene que antes de determinar cuáles son las funciones de los principios generales hay que distinguir entre los ordenamientos codificados y los sistemas de Common Law, y considerar en el primer de los casos dos momentos: el anterior y el posterior a la codificación. En el sistema de Common Law los principios desarrollan, según el autor alemán, una doble función: 1º, "como punto de partida del razonamiento jurídico" y 2º, "como recapitulaciones de índole heurística de la 'ratio iuris' " (53). Dentro de la primera fase, su misión es la de poner de relieve algún aspecto de la finalidad esenciales de una institución determinada, para enfrentar a partir de esa consideración la solución del caso. En la segunda hipótesis "su tarea es la de caracterizar teleológicamente determinados planteamientos y las series de sentencias que a ellos se refieren" (54). En cuanto corresponde al derecho codificado, después de referirse a la irrupción de los principios en el sistema, vincula sus funciones a las de la jurisprudencia, esto es la de completar, elaborar y renovar el Derecho, por lo cual a los principios toca "facilitar una labor de elaboración elástica y a la vez fiel a la ley" (55). A pesar de la distinción que formula, reconoce Esser, una función idéntica en ambos sistemas -abierto y cerrado-: "el principio domina la interpretación de la norma y de la 'rule', o sea, orienta la pre-elección y el reconocimiento de los hechos jurídicamente relevantes en la situación planteada y de las enseñanzas pertinentes en el precedente" (56).

Para Del Vecchio (57) la función de los principios se-

ría la de marcar las líneas generales de desarrollo de las ideas jurídicas, tornando inteligibles las normas particulares; es decir que los principios cumplirían una misión sistematizadora y de integración orgánica del conjunto normativo. A la vez, reconoce que la abstracción propia de los principios facilita la adaptación del Derecho a la realidad siempre cambiante (58).

García de Enterría afirma que los principios "sostienen y animan un ordenamiento,.... evitan su agotamiento en un simple juego autónomo de simples conexiones formales... explican, justifican y miden cada una de las reglas preceptivas finales y les prestan todo su sentido, a través de su inserción en el conjunto ordinamental" (59).

Nosotros pensamos que los principios generales, considerados en sí mismos, tienen cuatro funciones: a) como criterios informadores del total ordenamiento jurídico; b) como criterios interpretativos; c) como criterios limitativos de los derechos y d) como criterios integradores.

a) Los principios generales como informadores del ordenamiento. Informar, en la acepción que ahora nos interesa quiere decir "dar forma sustancial" (60). Informar consiste, pues, en infundir sentido y vida, contribuir a configurar los perfiles axiológicos de un determinado sistema. Tal la función que despliegan los principios generales. A su vez, si estos principios informan el ordenamiento, le dan una fisonomía propia y lo legitiman. La función legitimante está comprendida dentro de la de "informar"; el sistema debe responder a ciertas coordenadas axiológicas representadas sintéticamente por los principios, sólo en la medida en que respete esas directrices será legítimo, es decir valioso.

El hecho de que los principios tengan esta función

informadora y legitimadora ponde de relieve la pre-existencia de los principios respecto a los ordenamientos concretos. En este sentido afirma, con acierto, Hernández Gil que la función informadora significa "que no se extraen exclusivamente de la regulación ya formulada, en virtud de una inducción generalizadora, sino que tienen una existencia previa y propia, por lo que nutren y vivifican la ordenación legal" (61).

La función informadora no necesita para producirse reconocimiento expreso por parte de las normas legales; las normas reciben su fisonomía sustancial de los principios aunque no haya ninguna que exprese esta realidad. El principio puede informar el ordenamiento sin incorporarse a él, o bien a través de una mención específica (62).

La reforma que en 1974 se introdujo en el Título Preliminar del Código civil español incorporó el específico reconocimiento de la misión informadora de los principios, al disponer en el art. 1.4 que "los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico". No es frecuente que se encuentre en las leyes disposiciones similares. La mención expresa del carácter informador ha tenido importantes consecuencias en el plano teórico reforzando la idea de que los principios generales son un apriori de la normativa concreta y no un producto de inducciones generalizantes posteriores.

b) Los principios generales como criterios de interpretación. La tarea de interpretar el Derecho es quizá una de las misiones más apasionantes y arriesgadas que debe enfrentar el jurista. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen múltiples factores. Su misión fundamental es la de descubrir el sentido de las normas; sin embargo, no se agota en las propias normas el material con el que el intérprete debe moverse, sino que se integran en él los hechos, las valoraciones,

las finalidades, en fin todos los ingredientes del fenómeno jurídico considerado como resultado de la vida humana de relación.

"La interpretación es un modo de comprender -nos dice Hernández Gil- que alcanza a la total interlocución jurista/norma, si bien no agota la comprensión que tiene también otros modos de manifestarse" (63). El carácter comprensivo -en el sentido Weberiano- es capital en una visión completa de la hermenéutica; sin ese proceso intelectual, el objeto con sentido no asume ni muestra su plena significación. Se ha superado afortunadamente el aforismo 'in claris non fit interpretatio' (64), para reconocer que siempre frente a un objeto portador de sentido -y todas las normas jurídicas lo son- resulta indispensable un proceso de interpretación comprensiva; "la interpretación se aplica a todas las leyes, sean claras u oscuras, proque no hay que confundir la interpretación con la dificultad de la interpretación" (65).

Tal trascendencia tiene la función interpretativa, como descubrimiento del sentido, que se ha podido afirmar que "no creo que puede hablarse propiamente de unas normas previas al proceso de asimilación e intelección" (66).

Cuando decimos que los principios generales actúan como criterios de interpretación no pensamos que sean ellos los que determinen cuál sea el método a seguir en la tarea, ni que designen la fórmula interpretativa a aplicar, sino más bien creemos que una guía en función del resultado normativo.

Hemos de confesar que, cuando definimos las funciones que a nuestro juicio tenían los principios, lo hicimos teniendo sobre todo en consideración el principio de buena fe. En ese momento no dudamos en sostener que la buena fe y los demás principios generales desarrollaban una función en la interpretación del Derecho. Tiempo después profundi-



zando el tema cuestionamos nuestro aserto: ¿era correcto afirmar que todos los principios tuvieran un papel que desempeñar en la interpretación? ¿Cuál era ese papel? Primero creímos haber errado; descubrimos luego cuál era la verdadera función que los principios desempeñan en el proceso de interpretación.

Sucede en este tema, como en muchos otros, que no todos los principios funcionan exactamente igual. La buena fe tiene una función en el transcurso mismo de la interpretación, el sentido de las normas debe buscarse teniendo en cuenta la buena fe, es decir lo que de buena fe puede entenderse. Otros principios no actúan en el desarrollo del proceso interpretativo, sino que aparecen al final, al igual que también lo hace la buena fe, para contrastar la solución descubierta con sus contenidos y evitar que la interpretación vaya en contra de la esencia de los principios.

En resumen, la función que cumplen los principios en la interpretación es la de fiscalizar que el resultado del proceso no sea contrario a lo que ellos postulan; en cierta medida cumplirían una función de legitimación de la solución concreta. Sánchez de la Torre parece llegar a la misma conclusión cuando refiriéndose a la misión interpretadora dice que "es el caso de los principios de Derecho acogidos en textos constitucionales, cuya influencia induce a solventar en un sentido preferible a otros las indeterminaciones normativas que pueden surgir ante diversas posibilidades de aplicación de las normas concretas" (67).

c) Los principios generales del derecho, límite al ejercicio de los derechos. Norma de conducta. Aparece aquí con claridad la función normativa de los principios; ellos mismos en sí considerados son normas jurídicas que imponen una dirección al comportamiento. A ellos

debe atenerse el comportamiento de los hombres en sus relaciones jurídicas con los demás. Generalmente se ha referido esta función en especial al ejercicio de los derechos, pero queda también incluido el cumplimiento de los corresponsivos deberes. Se trata de los principios actuando como reglas de conducta.

Entendemos que los principios cumplen esta función aun cuando el ordenamiento no se la atribuya expresamente. Al formar parte del acervo jurídico de la humanidad han sido tenidos presentes siempre por la jurisprudencia que, haciendo uso de ellos, ha limitado una y otra vez el ejercicio de los derechos individuales. Lentamente el reconocimiento de esta misión de los principios es recogida por los distintos cuerpos legales, ya por la vía de introducir la figura del abuso del derecho, ya por acoger principios concretos como el del enriquecimiento sin causa o la buena fe.

En España, el Código civil cuenta ahora con la norma del art. 7.1 que dispone que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"; se trata de una manifestación expresa de la actuación de uno de los principios generales del Derecho, pero es indudable que hay otras aunque, muchas veces, no aparezcan tan nítidamente.

El tema está íntimamente conectado con la figura del abuso del derecho; no consagra esa institución algo distinto de aquello que ya está contemplado por los principios generales del Derecho. Dice Ripert, con referencia a la propuesta de modificación del Código civil francés, "cuando Saleilles propuso a la Comisión de Revisión del Código civil, la introducción en el título preliminar del Code,... de un texto general que impidiera al titular de un derecho, abusar del mismo, él había visto claramente que ello significaba no la simple aplicación de una

regla de la responsabilidad, sino un principio general del derecho"(68).

El encauzamiento jurídico de la realidad de convivencia de una determinada comunidad no se agota en las leyes; por el contrario, hay otras instancias normativas "extra-legales", pero no "extra-jurídicas"; entre estas reglas, en sí mismas ordenadoras de la conducta destacan los principios. La potencialidad jurígena de los principios aparece aquí en forma nítida y directa; se trata de reglas genéricas de conducta a las cuales los hombres deben ajustarse, en todas sus actividades y no meramente en el ejercicio concreto de derechos subjetivos específicos. El respeto a la dignidad de la persona, "el deber de indemnizar los daños causados; el deber de restituir el enriquecimiento injusto; el ejercicio de los derechos conforme a su función social" (69), son entre otras las directivas de conducta encarnadas en principios generales.

d) Los principios generales en la integración. Consideramos que ésta es la función más actual de los principios y la que concentra sus mayores proyecciones futuras. Entendemos por integración el proceso que se lleva a cabo para suplir la ausencia de normas legales concretas. Mediante la integración, dice acertadamente Díez Picazo, "no se trata de establecer el significado de una norma, sino de suplir o salvar un defecto del material normativo del que de modo inmediato se dispone" (70). Tradicionalmente se ha reconocido la misión de los principios como fuente subsidiaria del Derecho; ante la laguna legal y la imposibilidad de cubrirla por vía de la analogía, cabía referirse a los principios generales.

Nosotros creemos que hablar de una fuente subsidiaria significa restar importancia a los principios. Si los principios informan el ordenamiento, son normas a la par de las demás normas legales, no en un peldaño inferior (71); y como tales normas, actúan siempre en diver-

sos sentidos, pero adquieren particular relevancia frente a aquellas situaciones nuevas que requieren un marco normativo que no figura en el repertorio legal.

Resulta imposible pretender que el legislador prevea todos los casos posibles que la realidad siempre múltiple y variable puede presentar; por otro lado, generalmente los procesos de formación de la ley son complejos y lentos, mientras que la vida transcurre por carriles sumamente dinámicos. Dentro del ordenamiento jurídico los únicos elementos que pueden dar solución, casi inmediata, a los nuevos requerimientos son precisamente los principios generales. El hecho de que los principios, dentro de la universalidad de su contenido, estén abiertos a las creencias y valores vigentes en cada momento, los hace elementos aptos para llevar a cabo esta función (72).

Esta función de los principios generales se vincula sustancialmente con el tema del cambio social y el cambio jurídico. Si el Derecho es un producto cultural, debe ser apto para satisfacer las necesidades que la realidad de una determinada comunidad plantea. La realidad es profunda y esencialmente dinámica y ello impone que el ordenamiento jurídico total arbitre los medios para mantenerse a tono con el desarrollo general. No creemos que el Derecho deba transformar en norma todos los hechos que se producen en el contexto vital de un conjunto humano; creemos sí que debe brindarles un marco adecuado para que no se generen conflictos insolubles. No se trata de tornar el hecho en Derecho, sino de que haya siempre que sea necesario Derecho para regular, orientar y limitar el hecho, la pura facticidad.

Si el Derecho no se adecúa a las nuevas circunstancias podemos llegar a dos consecuencias, ambas disvaliosas; o bien la aplicación de la antigua normativa generará injusticias, o bien la sociedad

comenzará a apartarse del Derecho produciéndose su derogación o su desuso. En el intérprete está la posibilidad de impedir que ello ocurra y para lograrlo cuenta con lo que se ha dado en llamar órganos respiratorios, conceptos válvula, entre los que se destacan los principios generales que permiten la irrupción ordenada, de las nuevas realidades en el cuerpo normativo (73).

La actuación de los principios generales como criterios de integración es otra manifestación de su fuerza normativa de posibilidades siempre renovadas y casi infinitas, en punto a la derivación de corolarios. Se trata de soluciones que respondiendo a la idea contenida por el principio, recogen a la par las circunstancias particulares que en la realidad se plantean. No se requiere para su puesta en marcha que exista una laguna total en el conjunto legal, basta con que queden aspectos sin contemplar en cuyo caso se recurrirá a los principios generales. Como veremos al tratar de la jerarquía de los principios respecto a otras normas entendemos que los primeros no son la "cenicienta" del esquema normativo y, en consecuencia, podemos recurrir siempre a ellos aún para modificar ciertos aspectos de las normas legales.

La función de integración presenta, también, otra dirección, la que atañe a la regulación de una relación jurídica particular. Hasta ahora habíamos visto la necesidad de integrar el ordenamiento, como un todo; esta es la faceta que vincula el tema de los principios generales con el cambio social. Sin que se dé esa hipótesis de integración "a gran escala", en la vida diaria del Derecho surgen innumerables supuestos, en relaciones jurídicas, principalmente de fuente contractual, cuyo estatuto regulador no prevé o los regula en forma inadecuada. La integración asume en estos casos un cometido no por concreto en su incidencia, menos relevante en cuanto a la obtención de fines valiosos y el logro

de la justicia, el orden y la seguridad.

¿Cuál es el presupuesto para que se recurra a la integración mediante los principios generales? En líneas generales, la integración requiere la insuficiencia de los demás textos normativos. Dicha insuficiencia puede ser el resultado de una falta de previsión del legislador o de los particulares, pero puede resultar también del cambio de circunstancias, estaremos entonces en el caso de las lagunas sobrevenidas por mutación (74). Este tipo de laguna se da cuando se modifica el supuesto de hecho contemplado por el legislador; la norma existe y, en apariencia, está destinada a regular el caso planteado, pero sucede que la situación que la norma tomaba como hipótesis ya no es exactamente la misma. Un caso concreto en el que puede aplicarse esta teoría para llegar a una solución valiosa es el de la depreciación monetaria. Las normas, por ejemplo, del Código civil argentino se refieren a las deudas contraídas en dinero y afirman que se satisfarán con la entrega de las unidades señaladas; sin embargo, producida la escalada de inflación, el supuesto de hecho "dinero" contemplado ya no existe. Se trataba de un dinero que sirviera como medida de valores, de una moneda estable, características que ya no reúne hoy el signo monetario argentino. Frente a esto no puede seguir aplicándose la misma norma pues aunque nominalmente su supuesto de hecho es el mismo, no lo es en realidad. Uno de los caminos que puede seguir el intérprete es el de recurrir a los principios generales del Derecho para resolver valiosamente, mediante la integración, la cuestión suscitada (75).

6. NORMATIVIDAD DE LOS PRINCIPIOS GENERALES.

Ya hemos hecho referencia a la normatividad de los prin

cipios al analizar sus características. Decíamos que, a nuestro criterio, los principios generales del Derecho son normas en el sentido de que contienen directivas de conducta, si bien en su forma exterior no presentan la formulación típica de las normas jurídicas. La normatividad de los principios radica en su contenido, en su sustancia, con independencia de su recepción en un ordenamiento jurídico concreto.

Es éste un aspecto en que se entrecruzan las cuestiones fundamentales de la Teoría del Derecho, eternamente discutidas y nunca solventadas por completo. ¿Cuál es la esencia de las normas jurídicas? ¿Su coercibilidad? ¿Depende ésta de que la norma haya sido dictada o emane del Estado? ¿Cuál es la diferencia entre la normatividad jurídica y la ética? La respuesta a estos interrogantes no es unívoca y resulta de la corriente filosófica en que nos enrolemos.

A efectos de simplificar, diremos que pueden advertirse dos grandes líneas; por un lado la consideración positivista que negará a los principios generales fuerza normativa salvo cuando hayan sido expresamente incorporados por las normas del Derecho positivo y dentro de los límites que la ley haya atribuido a su acción. Una concepción no apegada al estricto y estrecho legalismo positivista reconocerá la posibilidad de que los principios actúen con normatividad propia hayan sido o no reconocidos expresamente por las leyes.

En la primera hipótesis surge con nítida importancia el tema de la positivación de los principios y las consecuencias derivantes de ese proceso, pues sólo de la positivación surgirá la fuerza normativa de los principios. Para quienes nos enrolamos en la corriente opuesta, la positivación tendrá efectos de evidenciación⁽⁷⁶⁾ de los principios pero no será la que les atribuya fuerza normativa.

La normatividad de los principios, dijimos, se mani-

fiesta en dos direcciones; por una parte tenemos la normatividad directa, y en segundo lugar la normatividad que se presenta a través de la creación de normas jurídicas derivadas y más concretas.

La manifestación directa de la normatividad de los principios es sumamente clara cuando estamos frente a una laguna del ordenamiento legal -ya se trate de una laguna originaria o de una sobrevenida por mutación- caso en el cual los principios actúan con toda su fuerza de dirección de conducta. Como veremos al tratar el tema de la jerarquía respecto a otras fuentes formales del Derecho, no pensamos que esta normatividad sea forzosamente subsidiaria. Es cierto que en los casos de vacío legal se advierte nítidamente, pero no es indispensable la carencia de otras normas para que resulten aplicables los principios que integran e informan siempre al ordenamiento. El reconocimiento expreso del carácter informador de los principios, a través del art. 1.4 del Código civil español elimina cualquier "sospecha de subsidiariedad", los principios no están en un nivel inferior del ordenamiento jurídico (77).

La otra forma en que se pone de manifiesto la normatividad que es esencial a los principios es la que resulta de su recepción por normas de mayor precisión técnica y que no son otra cosa que corolarios de los principios generales. En esta hipótesis la normatividad de los principios se muestra en la creación de otras normas, actúan como principios "nomogenéticos", utilizando la terminología de Sánchez de la Torre (78). Muchas normas del ordenamiento son corolarios de principios generales. Se trata de formulaciones técnicamente más depuradas; representan distintos grados de la envoltura formal, del revestimiento que se otorga a los principios a fin de hacerlos más operativos. Es digno de advertir que casi siempre a mayor desarrollo normativo-formal del principio, menor es el campo de aplicación de la disposición. Pero, por

más que un principio informe múltiples normas no pierde ni reduce su potencialidad normativa, ni directa, ni nomógenética. La positivación del principio nunca implicará la pérdida de su naturaleza propia (79).

A. MORAL, VALORES Y PRINCIPIOS JURIDICOS

¿De dónde deriva la normatividad de los principios?

Desechando la postura legalista que encuentra el origen de la potencialidad jurígena en su recepción por las leyes, pensamos que la normatividad de estos principios es connatural en ellos. Probablemente su origen resida en que los principios generales son vías de introducción en el campo jurídico de las normas morales, de la ética en general. Las normas morales son tales pues imponen una forma de comportamiento y actuación, y no dependen para ser verdaderas normas de la coercibilidad estatal que imponga su aplicación. Nadie duda de que la moral sea un orden normativo de la actividad humana; allí encontraremos, a nuestro juicio, el origen de la normatividad que atribuimos a los principios generales del Derecho. Sánchez de la Torre distingue -tratando este punto- la obligatoriedad jurídica de la moral en el hecho de que la última se da "desde la libertad", al tiempo que aquélla se produce "contra la libertad" (80); nosotros pensamos que la obligatoriedad, la imperatividad normativa de los principios generales surge de la obligatoriedad moral, de la carga axiológica que aquéllos portan.

Esto no significa confundir moral y Derecho; es sabido que no son lo mismo, pero sus diferencias no significan contradicción ni enfrentamiento. Por empezar tienen en común al hombre como objeto y fin de su atención, y, en segundo lugar, ambas esferas (la ética y la jurídica) contienen o están compuestas por directivas de conducta. Por supues-

to que no se identifican, pero tampoco se repelen.

Vallet de Goytisolo sistematiza las distintas corrientes sobre la materia, distinguiendo: a) tesis separatistas; b) tesis absorcionistas de la moral por el Derecho; c) tesis que consideran a la moral como meta del Derecho; d) tesis, a la que nosotros llamaremos, de la conexión sin confusión. (81); el punto de verdad y equilibrio reside en la última postura; se trata de órdenes de conducta diversos pero afines. La separación absoluta de las esferas de la moral y el Derecho puede haber sido el punto de partida para estructurar un determinado orden político, pero es indefendible desde el punto de vista ontológico, tal el pensamiento que inspiró a Ripert (82). Compartimos la opinión del citado autor en el sentido de que "entre la regla moral y la regla jurídica no hay diferencias de dominio, de naturaleza, ni de finalidad; no podría haberla ya que el derecho debe realizar la justicia y la idea de justicia es una idea moral" (83).

"Los principios morales -ha dicho Esser, a quien no podrá ciertamente tacharse de iusnaturalista- suministran el conveniente enlace entre la norma y el patrón ético del sistema jurídico" (84). Este enlace o conexión entre lo jurídico y lo ético se produce en grado excelso merced a los principios generales del Derecho, que actúan como vía de comunicación entre el ordenamiento jurídico y el orden moral representado, en parte, por los valores (85).

El Derecho debe respetar las normas éticas fundamentales de una comunidad, lo cual no significa que debe transformar en jurídicos todos los deberes morales. No todo lo jurídico es puro reflejo de la ética; hay muchas normas que son meros tecnicismos, fórmulas ideadas por la dogmática. Pero ello no implica que estas normas "técnicas" puedan ir contra las más elementales normas morales, pues así se vaciaría al

Derecho de su profundo sentido axiológico. Quizá la más clara conexión entre moral y Derecho se dé a través del valor justicia, valor cúspide del plexo axiológico jurídico y también del ético. Y en esta confluencia axiológica -confluencia que tampoco es plena, ya que el orden jurídico recoge valores que sin contradecirse con los morales, sí son distintos, propios- es donde aparecen con claridad los principios generales del Derecho.

Los principios generales serían así, el punto que une en lo más excelso de sus esencias lo jurídico y lo ético, puesto que los principios son manifestación de valores. En los principios generales confluyen la esencia de los valores morales revestidos con una mínima envoltura jurídica. De allí en más será menester descender para encontrar normas concretas, aplicables a supuestos de hecho determinados por el legislador. Pero también a partir de estos principios podrá seguirse un camino ascendente en la búsqueda de los valores en su pureza sustancial y quizá sea allí donde advirtamos que moral y Derecho están mucho más cerca de lo que muchos juristas están dispuestos a reconocer.

Los valores jurídicos son, en parte, la sustancia, el contenido mismo de los principios generales ¿basta, pues, esa carga axiológica para reconocer fuerza normativa a los principios? ¿La tienen, acaso, los valores? Los valores no son normas en el sentido tradicional que damos al término, pero tienen una característica que es la de su "vocacionalidad" (86). La vocacionalidad es la tendencia a la realización del valor, que el mismo valor engendra en quien lo estima. Esta vocacionalidad, entendemos, es una manifestación sumamente primaria de normatividad. Pero, insistimos, la fuente de la normatividad intrínseca en los principios generales del Derecho residen en la normatividad moral que incorporan a su contenido.

Las relaciones y diferencias entre los valores y los

principios generales son claras para los que piensan que los principios son las líneas fundamentales del ordenamiento, obtenidos por vía inductiva y a posteriori del conjunto normativo. Desde este punto de vista, los principios surgen del sistema legal concreto, mientras los valores están fuera y por encima de ese conjunto; los valores constituyen un orden superior de ideales, mientras que los principios derivan del propio sistema legal. Para nosotros la cuestión es más complicada pues ubicamos a los principios y a los valores en un orden superior al de las normas concretas. Los principios, en tanto son normas simples, o primarias -en cuanto a su grado de complejidad técnico-formal- integran el total ordenamiento, y, mucho más, lo informan; por su parte, los valores no están en el ordenamiento, sino como instancia superior que marca finalidades, metas, instancias legitimadoras y no pueden actuar directamente, como lo pueden hacer los principios. En un orden práctico la diferencia es clara, mientras los jueces pueden recurrir directamente a los principios generales para fundar una solución, no podrían hacer lo mismo con los valores. Para que los valores puedan por sí fundar soluciones concretas deben estar revestidos de alguna forma normativa básica, sea en forma de principios generales, sea en normas más concretas.

Resulta difícil marcar diferencias netas; quizá la más notable sea la de la envoltura normativa que tienen los principios y de la que carecen los valores. Por otro lado, si nos atenemos a la esencia de los valores veremos que se trata de cualidades objetiva a priori; los principios parecen ser sustancia, en oposición a cualidad. Los principios son vías de manifestación de los valores; el valor justicia, el valor seguridad quedan patentes en el ordenamiento jurídico a través de diversas normas, más o menos técnicas, más o menos precisas; pues bien, una de las vías que sirven a los valores para introducirse en el orde-

namiento es precisamente la de los principios generales.

La vinculación que logran los principios entre los valores y la normativa específica ha sido reconocida por muchos autores. Así ha podido decir García de Enterría que "los principios generales del Derecho expresan los valores materiales básicos de un ordenamientos... las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad" (87); y Sánchez de la Torre, habla de "los principios axiológicos de las normas jurídicas" (88). Villar Palasí sostiene que los principios generales marcan "el punto de unión entre el consenso social, los valores predominantes y las aspiraciones de una sociedad con el sistema de Derecho" (89). Pero no sólo quienes se enrolan en una postura no positivista reconocen este hecho. Esser llega a afirmar que "los principios básicos del derecho siguen siendo argumentos abiertos acerca de la justicia material del caso mismo" (90). Para agregar, luego: "por doquier se hace visible que se trata siempre de juicios de valor, basados en criterios pre-jurídicos, o sea éticos y de política social, los cuales sin embargo necesitan ser transformados en verdades jurídicas para que pueden encajar en un complejo deductivo ya existente con vigencia positiva" (91).

Toda norma jurídica responde a una opción valorativa. Muchas veces el valor se incorpora al ordenamiento a través de fórmulas elaboradas y complejas, otras "la comunicación con los valores es más directa. La ley los asume tal cual son en su expresión primaria y esencial de principios o criterios programáticos" (92).

B. JERARQUIA DE LOS PRINCIPIOS ENTRE SÍ

La variedad de principios generales torna inevitable el enfrentamiento o la contradicción; los conflictos de intereses, los

conflictos de valores son frecuentes en el fenómeno jurídico y no deben escandalizarnos. Son naturales reflejos de la vida misma y para nada desmerecen la significación de los intereses, valores o derechos contrapuestos. Imponen sí al jurista la difícil tarea de armonizarlos, o la más árdua de determinar cuál de ellos debe prevalecer en una situación dada. Los principios generales no escapan a esta regla y por ello nos sentimos inclinados a formular algunas consideraciones sobre el punto.

No creemos que pueda establecerse una jerarquía de los principios rígida e inamovible. Si así fuera toda la dinamicidad y las posibilidades de desarrollo que encierran los principios generales quedaría reducida en gran medida. Cuando se habla de este tema, sin embargo, por lo general los autores hacen referencia a una ordenación escalonada de los principios. Entre los diversos escalones habría una relación de derivación siendo los principios inferiores desarrollos o especificaciones de los anteriores.

Analizando esta cuestión, Sánchez de la Torre plantea la hipótesis de que esa ordenación nos llevaría a la existencia de varias "líneas de principios", en cuya cúspide encontraríamos principios irreducibles entre sí, en relación general-particular. Estos serían, pues, los primeros principios "referidos... entre sí por su complementariedad en un mismo plano de relevancia. Esta es precisamente la posición recíproca que se establece entre los *tria iuris praecepta*" (93). Esser, criticando expresamente la posición de Bellini, (94) se manifiesta contrario a la idea de una jerarquización recíproca de los principios generales.

Nosotros creemos que la jerarquía existe pero no en la forma descripta, como estructura escalonada de especificación, sino como reflejo de los distintos valores acogidos o expresados por los principios. La jerarquía relativa entre los principios estaría en relación di-

recta, pensamos, con la jerarquía entre los valores; el rango es uno de los temas más apasionantes de la ius-axiología, y aquél donde la historicidad ejerce -quizá- mayor influencia (95). La jerarquía, entonces, no es rígida sino relativa; no es reflejo de las condiciones sustanciales de los principios, sino la resultante de las condiciones de aplicación, de las particulares necesidades y circunstancias que tipifican a una sociedad determinada en un tiempo dado.

Esto impide propiciar fórmulas rígidas para solucionar los posibles conflictos; esa tarea será propia del intérprete que deberá conjugar los principios aplicables y las normas concretas con vistas a la realización final del valor supremo: justicia.

7. RECEPCION DE LOS PRINCIPIOS EN EL DERECHO POSITIVO. Significación. Jerarquía de los principios respecto a las demás fuentes formales del Derecho.

Por positivación se entiende el proceso de ingreso de los principios generales del Derecho en un conjunto concreto de normas de Derecho positivo. Nosotros pensamos que los principios forman parte, por derecho propio, del ordenamiento; por ello cuando hablemos de positivación, lo haremos para mencionar la incorporación de los principios a los textos legales. Veremos cómo puede producirse este ingreso y por otro lado, cuáles son los efectos de dicha incorporación, que implica reconocer a los principios como fuente formal del Derecho, junto a la ley, la costumbre, y la jurisprudencia, según los casos.

La incorporación de los principios al conjunto de disposiciones positivas se produce, a nuestro juicio, por tres vías diversas. Una primera posibilidad es la remisión a la categoría global de los "prin-

cipios generales del Derecho". Esta ha sido la fórmula utilizada tradicionalmente por los códigos civiles decimonónicos. Se pretendía así ofrecer al juez un camino para encontrar siempre solución jurídica a los casos planteados (96).

La segunda posible vía de incorporación consiste en mencionar expresamente uno de los principios generales pero sin especificar para nada sus condicionamientos. Por ejemplo, una norma que diga: "Las partes deben actuar en sus relaciones recíprocas conforme al principio de la buena fe" (97). Esta forma de incorporación soluciona uno de los posibles problemas que pueden plantearse, cual es el de averiguar si un determinado principio general juega o no en un determinado ordenamiento. La mención del principio puede llegar revestida de consideraciones más específicas; por ejemplo, si decimos "el principio del enriquecimiento sin causa sólo será aplicable a los casos en que el enriquecimiento resulte de la actitud dolosa de quien se enriqueció".

Por fin, la incorporación o positivación puede tener lugar a través de normas concretas que son, sin duda, corolarios de los principios aunque no los mencionen expresamente. En esta última hipótesis, los efectos de la incorporación del principio serán distintos que en las anteriores, ya que su potencialidad jurígena para el supuesto de hecho previsto por la norma especial encuentra un límite cierto, un condicionamiento del que será difícil escapar, como no sea por la vía de referirse a las otras formas en que el principio esté positivizado en un ordenamiento concreto, ya que nunca pierde el carácter de principio.

Si por positivación entendemos la inclusión expresa de los principios en una norma positiva concreta, por cualquiera de las formas antes descriptas, debemos resaltar que el vehículo utilizado para dicha incorporación variará según sea el esquema de fuentes reconocido por

un sistema jurídico determinado. Así se se reconoce a la jurisprudencia como fuente del Derecho, podrán las decisiones jurisdiccionales ser el canal de acceso de los principios. Lo mismo sucederá con la costumbre.

Sánchez de la Torre sostiene refiriéndose a los *tria iuris praecepta* que "no por constituir el esquema descriptivo y normativo del ámbito y de los valores del derecho, juntamente adquieren por ello una positivación jurídica" (98). Esser, por su parte, requiere para considerar cumplido el proceso de positivación, que el principio haya sido "enmarcado en una institución" (99) y que esa incorporación o encuadramiento se haya producido "por un acto constitutivo del poder legislativo, o de la jurisprudencia o de la vida jurídica" (100). La necesidad de estos dos elementos deriva de la concepción marcadamente institucionalista del autor alemán. Resumiendo y comentando las diversa hipótesis descriptas por Ripert (101), afirma Esser que "el principio ético se convierte en parte del derecho positivo: a) por incorporación en la estructura de una institución, b) por formación de un nuevo principio constructivo o sistemático, c) por fusión interpretativa en normas legales o en la ratio de éstas, d) por interpolación de un llamado pensamiento jurídico que supone común a varias figuras de derecho, e) por la 'brecha' que las normas en blanco y las cláusulas generales abren, en el sistema cerrado, a los *topoi* extra-sistemáticos de la jurisprudencia, f) por la libre conversión judicial de deberes éticos en deberes jurídicos,... y g) mediatamente por formación de una opción doctrinal o un concepto dogmático de valor deductivo" (102).

¿Cuáles son los efectos que se derivan de la positivación de los principios? Si entendemos que los principios siempre, y con independencia de la formulación o remisión expresa de las disposiciones legales, integran el ordenamiento jurídico poco agrega su positivación. Los principios no sólo integran el ordenamiento como valores a realizar,

sino que están informando muchas de sus normas particulares, con lo cual su presencia se ve reforzada; a ellos pueden recurrir los jueces para fundar sus resoluciones.

Siempre dentro de esta consideración veremos que la tercera de las vías de incorporación mencionada es la que más afecta a la aplicación práctica de los principios, ya que determina límites y condicionamientos para una de las aplicaciones o corolarios del principio en cuestión, requisitos que deberán ser tenidos en cuenta por el juzgador que verá sus posibilidades de creación más restringidas que en los otros casos. 4

Ahora bien, creemos que sea cual fuera la fórmula utilizada, los principios no pierden su carácter de tales por haber sido positivados, ni ven decaer su potencialidad jurígena. Aún en la hipótesis de positivación más especificada, el principio seguirá actuando en plenitud para generar nuevas normas, para dar marco a nuevas situaciones. Actuará unas veces como norma concreta (receptora o portadora de un principio), pero también seguirá actuando como principio en sí con las funciones que se le reconozcan dentro de cada sistema.

"El que los principios generales del derecho no requieran de una formulación normativa e incluso que sea característico de ellos carecer de tal formulación no puede llevarse al extremo de que, acogida su formulación por una norma legal, pierdan el carácter de principios", sostiene con acierto Hernández Gil (103), quien reconoce, no obstante, que cuando el principio ha sido recibido por la normas "su significado depende de cómo se haya instrumentado tal recepción" (104).

Para quienes entienden que los principios se obtienen por inducción de cada sistema jurídico dado, la positivación de los principios generales tiene significativa importancia, ya que si no se produce,

el principio carece de absoluta validez y eficacia. Es digno de destacar que la mención de los principios generales del Derecho en los códigos es signo del marcado positivismo que pretendía de esta forma lograr la completa cerrazón del sistema, fijando de antemano la válvula que podría utilizar el juez para llenar las lagunas. Una vez más "la ley ha sido más sabia que el legislador" y lo que pretendió ser consagración del más estricto legalismo, se convirtió en la vía de flexibilización, orientada axiológicamente, del cuerpo normativo cerrado.

La verdadera significación y trascendencia de la incorporación de los principios generales al ordenamiento reside en que los principios representan la forma de ingreso al sistema jurídico de los valores y convicciones éticas básicas de una comunidad. El ordenamiento para no convertirse en un pesado lastre, sino por el contrario, ser un instrumento útil para la convivencia, debe vincularse con los valores superiores -por un lado- y con la realidad -por otro-. Los principios generales son la válvula que permite la "oxigenación" de las normas concretas.

El tema de la positivación de los principios nos conduce sin solución de continuidad al de la relación jerárquica que existirá entre esos principios y las demás normas del ordenamiento. En la forma tradicional de positivación (la mención de los principios como fuente subsidiaria), los principios ocupan un lugar de subordinación respecto a las demás normas. Su jerarquía, o por lo menos, la que se les reconoce es inferior. Y esto genera situaciones contradictorias; si en un ordenamiento concreto conviven la remisión genérica a los principios y alguna norma que recoge expresamente alguno de ellos, resultará que el principio que le dió origen y le infunde sentido es de jerarquía inferior a la norma mis-

ma. Entendemos que cuando los principios son positivados por las vías segunda y tercera su rango respecto a las demás normas es de equivalencia. Mientras que en el primer caso la remisión general puede incluso colocarlos en un nivel superior.

Reconociendo, en cambio, el valor de los principios como informadores del ordenamiento su posición relativa jamás podrá ser inferior a la de las normas particulares, pues lo que da sentido e informa no puede estar subordinado a ser inferior a su resultante. Así lo reconoce Hernández Gil al afirmar que "si la función es informadora, el principio que la cumple llega hasta la norma legal. No se identificará con ella, que normalmente contendrá formulaciones especificativas del principio, más tampoco cabrá decir que éste ocupa un lugar inferior" (105).

Del Vecchio sostiene que sólo existe un requisito en la relación que debe mediar entre las normas concretas y los principios: es el de la no contradicción. Para sostener a continuación que "queda excluída a priori la posibilidad de aplicar un principio general en contradicción con un principio particular" (106). Conclusión que no compartimos, pues significa, aunque de modo tangencial, reconocer supremacía a las normas concretas sobre los principios. Las razones que siempre se aducen para fundamentar este tipo de soluciones se reducen a la referencia a la seguridad jurídica, que desaparecería si por referencia a los principios pudiera obviarse la aplicación de las normas concretas. No pensamos que la aplicación de los principios junto a las normas cree tanta inseguridad como se tema, pues el reconocer a los principios igual rango normativo no significa eliminar el resto del conjunto de disposiciones; los principios se aplicarán en determinadas hipótesis, lo que sucede es que no pensamos que deba esperarse a agotar todos los caminos posibles para llegar a buscar ayuda a los principios. El objetivo fundamental del Derecho es la justí-

cia, ella es la resultante del equilibrado y armónico juego de los valores jurídicos, pero siempre ha de guiar al intérprete; mediante la referencia a un principio jurídico podrá eludirse la aplicación de alguna norma que lleve a resultados disvaliosos, sin que ello implique destruir el sistema, sino asegurar su eficacia social fundamental como vía de realización de valores.

- (1) Com. DIEZ PICAZO, L - GULLON, A. "Sistema de Derecho Civil", 4a. edic., Tecnos, Madrid, 1981, Vol. I, p. 167.
- (2) HERNANDEZ GIL, A. "La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981, p. 52.
- (3) Idem nota anterior. "Entonces, dice Hernández Gil, el problema de su identificación es más delicado".
- (4) ESSER, J. "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado" (trad. de Valentí Fiol), Bosch, Barcelona, 1961, p. 197.
- (5) SANCHEZ DE LA TORRE, A. "Los principios clásicos del Derecho", Unión Ed., Madrid, 1975, p. 14.
- (6) DELL VECCHIO, G. "Los principios generales del Derecho" (trad. de Csso rilo Morales) 3a. edic., Bosch, Barcelona, 1979, p. 49.
- (7) Además de los diversos estudios que se citan a lo largo del presente trabajo, pueden verse: CASTAN TOBENAS, J. "Derecho Civil Español, común y foral" -"Introducción y Parte General"- (revisada por De los Mozos), 12a. edic., Reus, Madrid, 1982, Vol I, p. 492 y ss. y la bibliografía allí citada; VALLET DE GOYTISOLO, J. "Estudios sobre Fuentes del derecho y Método jurídico", Montecorvo, Madrid, 1982; DE DIE GO, F. "Instituciones de Derecho Civil Español", 9a. edic., s/e, Madrid, 1959, T. I, p. 115 y ss; del mismo autor, Prólogo a la obra de Dell Vecchio citada en nota 6, y "Los principios generales del Derecho", en R.D.P, T. III (1916), p. 285 y ss.; ESPIN CANOVAS, D. "Manual de Derecho Civil Español", -"Parte General"-, 8a. edic., Edersa, Madrid, 1982, Vol I, p. 148 y ss; ALBALADEJO, M. "Compendio de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1970, p. 23 y ss, del mismo autor, "Instituciones de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1960, T. I, p. 63 y ss.; PUIG PEÑA, F. "Compendio de Derecho Civil Español", Nauta, Barcelona, 1966, T. I, p. 86 y ss; RUIZ VADILLO, E. "Derecho Civil", 8a. edic., 2a. reimp., Ochoa, Logroño, 1979-1980, p. 59 y ss; LACRUZ BERDEJO, J. "Elementos de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1974, T. I, p. 58 y ss.
- (8) DEL CASTRO, F. "Derecho Civil de España" -"Parte General"-, 3a. edic., Inst. de Est. Políticos, Madrid, 1955, T. I, p. 459.
- (9) CASTAN TOBENAS, J. ob. cit. en nota 7, p. 495.
- (10) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 1, p. 171.
- (11) ESSER, J. ob. cit. en nota 4, p. 65; en igual sentido, SANCHEZ DE

LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5, p. 107.

- (12) RIPEY, G. "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux" (Contribución al estudio de los principios generales del derecho vistos en el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional), Recueil des Cours 44 (1933), p. 569 y ss, en especial, p. 575.
- (13) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 1, p. 171.
- (14) Como en toda ciencia, en Derecho nos manejamos con conceptos y cualquier desarrollo dependerá de cuál sea el entendimiento que demos a esos conceptos. Pero en nuestro campo el problema de la precisión lingüística es aun más grave ya que como señala Hernández Gil, "el derecho está enunciado en el lenguaje; la ciencia jurídica tiene, pues, un objeto formulado lingüísticamente". HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 2, p. 115.
- (15) Pueden verse ejemplos concretos en MANS PUIGARNAU, J. "Los principios generales del Derecho. Repertorio de reglas, máximas y aforismos jurídicos con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia", Bosch, Barcelona, 1947; por ejemplo, "El poseedor de mala fe no gana la prescripción en ningún tiempo"; "La cosa comprada con dinero común no es común"; "Cuando las partes no se han determinado son iguales"; "el dominio no se adquiere sin la posesión"... Dejamos a salvo nuestra opinión en el sentido de que es dudosa la naturaleza de principios generales de algunas de las máximas recogidas.
- (16) SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5, p. 48.
- (17) Idem nota anterior, p. 102.
- (18) Puede verse LLUIS Y NAVAS, J. "Analogía y diferencias entre los principios generales del derecho y el espíritu de la ley", en R.G.L.J., T. LXXXIV (1982), p. 519 y ss.
- (19) STATI, F. "Le standard juridique", Paris, 1927, citado por Esser, J. ob. cit. en nota 4, p. 64, nota 164.
- (20) Ver HERNANDEZ GIL, A. "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980, capl III, y también en "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe" (discurso de apertura de curso) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979,
- (21) Idem nota anterior.
- (22) MANS PUIGARNAU, J. ob. cit. en nota 15, p. XXVI y ss.
- (23) LLUIS Y NAVAS, J. ob. cit. en nota 18, pto. IV.

- (24) Idem nota anterior, p. 531.
- (25) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 20, Cap. III, p. 182.
- (26) SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5, p. 44.
- (27) Idem nota anterior, p. 87.
- (28) GARCIA DE ENTERRIA, E. "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo", en Rev. Adm. Púb., Nº 40 (1963), p. 191 y ss, y también en el "Curso de Derecho Administrativo" (en colaboración con Ramón-Fernández, T.), 3a. edic., Civitas, Madrid, 1981, T. I, p. 67 y ss.
- (29) GARCIA DE ENTERRIA, E. "Curso..." cit. en nota anterior, p. 68.
- (30) Sobre el particular escalonamiento entre valores, ideales, principios generales, etc., ver LLUIS Y NAVAS, J. ob. cit. en nota 18, p. 522.
- (31) VILLAR PALASI, J. "La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos" (discurso de recepción) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, p. 130 y 131.
- (32) LLUIS Y NAVAS, J. ob. cit. en nota 18, p. 522.
- (33) Conf. MOISSET DE ESPANES, L. "Cambio social y cambio legislativo", en A.D.C., T. XXXIII (1980), p. 105 y ss.
- (34) LLUIS Y NAVAS, J. ob. cit. en nota 18, p. 533.
- (35) Conf. HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 20, Cap. III, p. 182.
- (36) Ver SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5, p. 164.
- (37) Ver nuestro artículo "Algunas reflexiones acerca de la relación jurídica", en R.G.L.J., T. LXXXV (1982), p. 3 y ss.
- (38) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 20, ps. 57, 291 y 718.
- (39) Ver CASTAN BOBEÑAS, J. ob. cit. en nota 7, p. 496 y 501.
- (40) ESSER, J. ob. cit. en nota 4, p. 115.
- (41) Idem nota anterior.
- (42) ESSER, J. ob. cit. en nota 4, p. 62.
- (43) DE CASTRO, F. ob. cit. en nota 8, p. 466 y ss.
- (44) Idem nota anterior, p. 468.
- (45) Idem, p. 469.
- (46) Para Federico de Castro las directrices de estos principios en España son: 1. concepción católica de la vida; 2. superioridad de los valores morales sobre los materiales; 3. preferencia de la causa moral sobre la seguridad del tráfico; 4. valoración del honor; 5. respeto del decoro; 6. fidelidad a la palabra dada; 7. intimidad moral

de las relaciones familiares; 8. primacía de la dignidad humana.

DE CASTRO, F. ob. cit. en nota 8, p. 468.

(47) Idem nota anterior, p. 473.

(48) Sobre el tema puede verse OLLERO, A. "Droit Naturel et 'jurisprudence de principes'", en "Conceptions Contemporaines du droit" (9^e Congreso Mundial de Filosofía del Derecho, Basilea, 1979), F. S. Verlag, Weisbaden, 1982, p. 629 y ss., en especial, p. 634.

(49) DE CASTRO, F. ob. cit. en nota 8, p. 474.

(50) Idem nota anterior, p. 475.

(51) SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5, p. 123 y ss.

(52) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 1, p. 170.

(53) ESSER, J. ob. cit. en nota 4, p. 236 y 237.

(54) Idem nota anterior.

(55) Idem, p. 190.

(56) Idem, p. 246.

(57) DEL VECCHIO, G. ob. cit. en nota 4.

(58) Idem nota anterior, p. 111.

(59) GARCIA DE ENTERRIA, E. ob. cit. en nota 28, p. 68.

(60) Diccionario de la Real Academia Española, 19a. edic., Madrid, 1970.

(61) HERNANDEZ GIL, A. disc. cit. en 20, p. 13.

(62) Sobre el tema puede verse, HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 20.

(63) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 2, p. 57.

(64) Ver DIEZ PICAZO, L. "Experiencias jurídicas y teoría del derecho", Ariel, Barcelona, 1973; HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 2; el volumen colectivo "L'interpretation dans le droit", Arch. Phil. Droit, T. XVII, 1972; CASTAN TOBEÑAS, J. "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho", Reus, Madrid, 1947; BETTI, E. "Interpretación de la ley y de los actos jurídicos" (trad. De los Mozos), ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1975; ZULETA PUCEIRO, E. "Aspectos actuales de la teoría de la interpretación", Edeval, Valparaiso, 1980; LARENZ, K. "Derecho Civil. Parte General" (trad. Izquierdo y Macías Picavea), Edersa, Madrid, 1978, en especial, p. 84 y ss.

(65) CASTAN TOBEÑAS, J. ob. cit. en nota 7, p. 548.

(66) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 2, p. 48.

(67) SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 4, p. 122-123.

(68) RIPERT, G. "La règle morale dans les obligations civiles", 4a edic., Lib. Générale de Droit et de Jurisp., París, 1949, p. 158.

- (69) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 1, p. 171.
- (70) Idem nota anterior, p. 209.
- (71) En el mismo sentido, HERNANDEZ GIL, A. disc. cit. en nota 20.
- (72) VILLAR PALASI, J. ob. cit. en nota 31, p. 130 y ss.
- (73) Sobre el particular, ver Cap. X.
- (74) BETTI, E. ob. cit. en nota 64,
- (75) Ver MOISSET DE ESPANES, L.-PIZARRO, R.-VALLESPINOS, C. "Inflación y actualización monetaria", Ed. Universidad SRL, Buenos Aires, 1981.
- (76) Además de facilitar la práctica procesal en la materia.
- (77) Ver HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 20, en especial, p. 179 y 180.
- (78) SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5.
- (79) Con. HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 20.
- (80) SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5, p. 136.
- (81) VALLET DE GOYTISOLO, J. "De la virtud de la Justicia a lo justo jurídico", Rev. Der. Español y Americano, Año X, (1965), y en el volumen "En torno al Derecho Natural", Org. Sala, Madrid, 1973, p. 65 y ss.
- (82) RIPLEY, G. ob. cit. en nota 68, p. 9.
- (83) Idem nota anterior, p. 10. En igual sentido, VALLET DE GOYTISOLO, J. ob. cit. en nota anterior.
- (84) ESSER, J. ob. cit. en nota 4, p. 79.
- (85) Conf. HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 16 (discurso), p. 12.
- (86) Sobre el tema puede verse, ORTEGA Y GASSET, J. "Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?", en Obras Completas, 6a. edic., Ed. Rev. de Occidente, Madrid, 1964, T. VI, p. 315 y ss.
- (87) GARCIA DE ENTERRIA, E. ob. cit. en nota 28, p. 68.
- (88) SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 4, p. 61.
- (89) VILLAR PALASI, J. ob. cit. en nota 31, p. 131.
- (90) ESSER, J. ob. cit. en nota 4, p. 11, nota 17.
- (91) Idem nota anterior, p. 75.
- (92) HERNANDEZ GIL, A. disc. cit. en nota 20, p. 32.
- (93) SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5, p. 95.
- (94) ESSER, J. ob. cit. en nota 4, p. 228.
- (95) Ver nuestro artículo: "El poder jurisdiccional frente a los valores jurídicos de seguridad y justicia", en R.G.L.J. T. LXXXI (1980), p. 459 y ss, en especial cap. 2.c, p. 470 y la bibliografía allí citada.
- (96) Ver SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5. Menciona el autor

una lista de normas específicas que mencionan "los principios generales del derecho", en p. 124 a 128.

- (97) Fórmula utilizada respecto al principio de buena fe por el art. 7.1 del Código civil español.
- (98) SANCHEZ DE LA TORRE, A. ob. cit. en nota 5, p. 166.
- (99) ESSER, J. ob. cit. en nota 4, p. 169.
- (100) Idem nota anterior.
- (101) RIPERT, G. ob. cit. en nota 68.
- (102) ESSER, J. ob. cit. en nota 4, p. 68, nota 170.
- (103) HERNANDEZ GIL, A. disc. cit. en nota 20, p. 48.
- (104) Idem nota anterior, p. 50.
- (105) Idem, p. 43.
- (106) DEL VECCHIO, G. ob. cit. en nota 6, p. 61.

CAPITULO II

APROXIMACION A LA BUENA FE

Sumario:

1. Nociones de buena fe.
2. Clasificaciones.
3. Concepción unitaria de la buena fe.
4. La buena fe ¿standard jurídico o principio general?

1. NOCIONES DE BUENA FE.

¿Qué es la buena fe? Quizás sea la pregunta clave para entender al hombre y a su historia social. Muchas han sido las respuestas que se han proporcionado, sin embargo a pesar de las varias opciones propuestas el tema no está agotado, ni mucho menos. La diversidad de conceptos de la buena fe, al menos en el campo jurídico viene determinada por las variadas formas en que la expresión es empleada. Los autores, como veremos, en su afán clasificatorio se han esforzado en tipificar a la buena fe, formulando grupos cerrados y atribuyendo a cada uno un concepto propio, de lo cual derivan la imposibilidad de dar un concepto unitario de buena fe.

A nuestro juicio, la diversidad en las definiciones surge también de la profunda vinculación que existe entre la buena fe y los factores ético y axiológico. En estas materias hay una marcada disparidad de criterios, la relatividad de las soluciones aportadas se traduce en matices diversos respecto a todos los conceptos relacionados a ellas. Sin embargo, la vinculación con la ética o la axiología no justifica una relativización absoluta, que privaría de seriedad a cualquier intento conceptualizador; los valores y los criterios éticos existen en esencia con independencia de que se los estime o no; la relatividad no resulta de su sustancia sino de su efectividad. La buena fe, como concepto correlacionado, sigue los mismos caminos. Nadie puede considerarse dueño de la verdad absoluta, pero tampoco es correcto decir que esa verdad no exista. Una cosa es decir que la validez de las normas morales, la estimación de los valores, dependa de las condiciones particulares de la persona y otra muy distinta -e inaceptable- el considerar que no pueden formularse normas

morales medias o generales que darán fisonomía propia a una época o a una comunidad particular; en lo relativo a la ética y sus conceptos relacionados también pueden darse criterios de validez más o menos universal.

Sin embargo, la relación entre la buena fe jurídica y los conceptos éticos no ha sido siempre reconocida. Por una consciente o inconsciente actitud de rechazo hacia la moral en el Derecho, se pretendió quitar a la buena fe la carga ética que le es propia⁽¹⁾. Siempre recordamos que preguntado acerca de qué era la buena fe, un profesor californiano -que a la sazón nos explicaba las líneas generales del Uniform Commercial Code- nos dijo que la buena fe era signo de "corazón lleno y cabeza vacía" (2). No creemos que esto sea del todo cierto; pero tampoco es completamente falso. Si por "corazón lleno" entendemos buenas intenciones, buena voluntad, es cierto que eso es lo que se valora en la buena fe, pero "cabeza vacía" no puede significar absoluta inconsciencia; ya veremos la estrecha vinculación existente entre la buena fe y una actitud diligente.

Debemos tener presente cuando tratamos este tema que la buena fe es un dato de la realidad, y no meramente una creación arbitraria y técnica del Derecho. En la medida que no perdamos esto de vista, evitaremos las elucubraciones vacías, pertenecientes exclusivamente al que Ihering llamaba "cielo de los conceptos jurídicos. Según Bonfante (3) la buena fe es algo que está ya en la naturaleza y que el legislador toma en cuenta para, dotada en ocasiones de matizaciones técnico-jurídicas más precisas, otorgarle o atribuirle ciertos efectos en orden al Derecho. En el mismo sentido, entre nosotros, Hernández Gil ha dicho que "la buena fe no es una creación jurídica, sino un presupuesto" (4).

En línea de admitir un concepto de buena fe técnico, distinto del concepto vulgar o común, se ubica Levi al afirmar que "el derecho puede crear un tipo propio de buena fe, una buena fe civil"(5).

Sacco, por su parte, sostiene, sin prejuzgar sobre la identidad o no entre la buena fe real y la buena fe que aparece en el ordenamiento jurídico, que amén de las dificultades que plantearía la investigación, sería éste un esfuerzo inútil pues "no se advierte cuál sea el progreso de la ciencia jurídica cuando llega a afirmar o a negar la identidad entre la buena fe jurídica y la buena fe social" (6). De los Mozos afirma que "la aplicación del principio de la buena fe hace penetrar en el orden jurídico un elemento natural, propiamente extrajurídico, que viene... a formar parte de la propia regla jurídica" (7), pero entiende que no es posible dar un concepto general de buena fe, sino que la riqueza del tema está en el casuismo legal, afirmando, en consecuencia, que nos enfrentamos con un concepto esencialmente tópico (8).

En nuestra opinión tales afirmaciones encierran en su fondo un marcado legalismo literalista. La utilidad de recurrir a la realidad social en esta materia viene determinada por la necesidad de vincular el ordenamiento jurídico a las consideraciones ético-axiológicas vigentes. El camino que nos conducirá a la fijación material del concepto jurídico indeterminado no parte del estudio de la ley aislada del contexto social, sino que, al contrario, tiene a poner en contacto contexto social y Derecho. En la opinión de Sacco, es lógico que crea inútil encarar la árdua labor de descubrimiento de la buena fe en sus matices estimativos pues, para él, buena fe será lo que el legislador haya dicho y punto; *dura lex sed lex*. Es cierto que el camino a recorrer es difícil y está sembrado de obstáculos, pero es preciso que lo recorramos para tratar de corregir, sin excesos, la desvinculación Derecho/realidad (9). No significa la consagración lisa y llana de la supremacía de lo fáctico; ni supremacía de lo fáctico, ni supremacía de lo legal; sí, vinculación entre el ordenamiento de conductas y la realidad orgánica en que dicho



ordenamiento se aplica.

Entendemos que la buena fe es un elemento de la vida de relación pero no se incorpora al Derecho tal cual se da en la realidad, sino que recibe una carga o un plus que resulta de las precisiones técnicas necesarias. Una vez ingresado al campo jurídico, el concepto de buena fe es un concepto jurídico indeterminado, en la terminología de Engisch (10), pero aun siendo un concepto jurídico, tiene un sustrato real y, más aun, su carácter de "indeterminado" impone el recurso a la realidad para salvar esa indeterminación. No es una creación (en el sentido de elaborar partiendo de cero) del legislador, sino que él, partiendo de la realidad adscribe a la buena fe ciertos contenidos y le impone determinadas limitaciones. Por ello aun cuando creemos que puede hablarse de un principio general de buena fe, con un contenido más o menos uniforme en todos los sistemas jurídicos, no podemos desconocer que en cada ordenamiento concreto habremos de encontrar matices que, sin afectar la esencia del principio, modifiquen sí su aplicabilidad, su alcance y sus efectos; tal es lo que ocurre, por ejemplo, en Italia, con los conceptos de buena fe y diligencia que en otros ordenamientos más bien son coincidentes, o incluso, uno -la diligencia- es requisito determinante del otro (11).

Lo que acuerda uniformidad es la esencia misma del concepto que impone el recurso a las concepciones ético-valorativas imperantes en la sociedad, remisión que no es a las "ideas" de una época o de una comunidad, sino a las "creencias" imperantes, utilizando estas expresiones en el sentido orteguiano (12). Podemos generalizar en materia de buena fe en virtud de lo que en esa noción hay de real, pero debemos matizar en lo que ella presenta de técnico -aunque se necesario advertir que, a la luz de los ordenamientos civiles vigentes en la actualidad, esas matizaciones no son muchas-. Muchas veces el legislador toma la reali-

dad y la incorpora como dato al marco dispositivo, sin mayores condicionamientos. Tomemos un ejemplo: la muerte es un hecho de la realidad; el legislador muchas veces se remite a ella sin sumarle matices técnico-jurídicos, sin limitarla en su significación. Cuando el art. 657 del Código civil español dispone que "los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte", la determinación del momento de la muerte depende de lo que en realidad se entiende por tal, sin matizaciones; diríamos que aquí "la muerte es la muerte". Pero cuando el legislador moderno se encuentra con la necesidad de dotar de un marco jurídico adecuado a los transplantes de órganos, se ha creído en la necesidad de modificar el concepto natural de muerte y algunas legislaciones hablan de "muerte cerebral", por ejemplo; entonces, para estas leyes "la muerte no es la muerte", sino que "a efectos de la presente ley se entenderá por muerte...", y de allí en más cada vez que una norma se refiere al supuesto de hecho "muerte" habrá que entender el concepto con su carga técnica, y no en su sentido real (13)

El caso de la buena fe es el segundo, la ley parte de algo que está en la naturaleza, pero matiza su significado transformándolo en un concepto jurídico. Pero, reiteramos, el punto de partida es la realidad, no hay creación arbitraria de un concepto. Sin embargo, las matizaciones no son muchas y más que del legislador provienen de la dogmática: como se verá en el capítulo dedicado al Derecho comparado, el legislador en este punto, adopta fórmulas concretas casi idénticas; lo que ha variado a través del tiempo es la función que la dogmática ha permitido desempeñar al principio de buena fe (14).

Desde antaño se ha buscado definir la buena fe sin resultados definitivos. Ya Cicerón en "De Officiis" aborda la cuestión y sostiene: "no tenemos nosotros una idea justa y clara de lo que es verda-

dero derecho y justicia; nuestras leyes no son más que imágenes y sombras, pero ¡ojalá las guardáramos! porque son sacadas de los mejores ejemplos de la verdad y de la naturaleza. ¿Qué fórmula más estimable que ésta: 'conviene obrar bien y sin fraude, como se acostumbre entre los buenos' " -para agregar- "Pero quiénes sean los buenos y qué cosa sea obrar bien, esto padece muchas controversias..."(15); y la verdad es que no nos da una respuesta categórica sobre el punto, pero deja ver que ser hombre de bien es ser hombre honesto.

En el campo estrictamente jurídico se plantearon en torno al concepto de buena fe dos posiciones antitéticas y las consabidas posturas intermedias conciliatorias. A ellas nos referiremos a continuación, pero antes es de hacer notar que todas estas conceptualizaciones parten de la que luego se llamará buena fe "subjetiva", es decir de la buena fe como calificación que se atribuye a un sujeto en una determinada situación o relación jurídica. Así tanto la postura de Wächter, como la de Bruns, y las más modernas de Pernice, Bonfante, Levi -entre otros- no contemplan la buena fe como principio general del Derecho, con todas sus funciones posibles, sino que más específicamente se detienen en la buena fe en tanto es empleada por el ordenamiento en el supuesto de hecho de ciertas normas, para determinar la aplicación de unas consecuencias dadas. Muchas han sido las páginas dedicadas a analizar estas posturas con maestría y detenimiento, por ello nos limitaremos a exponer esquemáticamente las líneas maestras (16). La mayoría de los autores antes de formular una aproximación personal al concepto se dedican al desarrollo de las corrientes psicológica, ética y ecléctica. Para una primera concepción, la buena fe es un concepto psicológico; es un hecho intelectual consistente en una ('opinión' derivada de un error. Frente a este concepto surge otra postura que sostiene que no toda y cualquier ignorancia

de una situación determina la buena fe del sujeto; no todo error provoca la buena fe, para que ésta exista el error debe ser excusable. Quienes esto afirman en realidad, lo que hacen es matizar la posición anterior, introduciendo un cierto ingrediente ético. Es Bonfante quien abiertamente formula una concepción ética de la buena fe al sostener que la buena fe en la ausencia de dolo o mala fe. Windscheid, por su parte, se refiere a la buena fe como la "honesta convicción" con lo cual combina ambos elementos el psicológico y el ético (17).

Circunscribiendo la consideración a la llamada "buena fe subjetiva", que es a la que toman como referente las posturas anteriores, pensamos que debe acogerse la postura intermedia que configura la situación o estado de buena fe como una creencia o ignorancia derivada de un error excusable. Tal es la postura adoptada por Vélez en el Código civil argentino al definir la buena fe en los arts. 2356, 4006 y 4007 (18). Hablar de error excusable es introducir otro ingrediente: la diligencia. Para que un error pueda fundar la buena fe debe ser tal que no derive de la actitud negligente o desaprensiva de quien lo sufra. Adelantemos, sin embargo, que no creemos que pueda separarse la buena fe que es una, en consideraciones circunscriptas a su visión subjetiva u objetiva.

Pero veamos qué se ha dicho de la buena fe después de aquella ya clásica disputa. Gorphe, después de recalcar que la noción de buena fe es sumamente comprensiva, afirma que "la voluntad sincera, leal, fiel en el decir, en el contratar y en el hacer representa la buena fe exigida por el derecho, al mismo tiempo que por la moral, en las diversas formas de relaciones jurídicas" (19). Gómez Acebo, situándose también en la concepción voluntarista, afirma que "la buena o mala fe no son más que modalidades de la voluntad, y por tanto su encuadramiento sólo puede tener lugar en la teoría de la voluntad jurídica... en la dimensión del

'licere' "(20). Von Thur, aunque partiendo de la clasificación bipartita de buena fe objetiva y subjetiva, reconduce tácitamente ambos conceptos a la "honradez" (21) y afirma al respecto que "del concepto moral de la honradez brontan... dos diversos conceptos jurídicos" (22).

Siempre dentro de la consideración de la buena fe "subjetiva" las concepciones antes descriptas llevan a la consecuencia de ubicar a la buena fe dentro del campo de la intelectualidad o de la voluntad. Al respecto afirma Gómez Acebo que "los hechos intelectivos, como realidades del espíritu interesan sólo a la psicología. Para el Derecho pueden tener interés sólo en tanto en cuanto, siendo siempre la voluntad una secuencia del conocer, pueden dar lugar a una ausencia de voluntad o a una voluntad viciada" (23). Pensamos que al Derecho sólo le interesan los hechos o datos intelectivos en tanto son determinantes de ciertas situaciones, para lo cual necesitan trascender en conductas, manifestarse externamente; no obstante, es por todos sabido que en muchas ocasiones el Derecho toma en cuenta los componentes intelectivos psicológicos para calibrar las consecuencias jurídicas a atribuir.

Más modernamente y a medida que la escuela exegetica perdía terreno en el campo doctrinal, los juristas fueron prestando más atención a la buena fe que aparecía en los ordenamientos de cada país como norma de remisión. Las normas no eran nuevas, habían estado siempre allí pero poco se había reparado en ellas; se las había visto como una forma de reforzar la obligatoriedad del contrato, impidiendo modificaciones (24). El interés científico-jurídico se había orientado a la buena fe en la posesión y a partir de allí a los otros supuestos en que la ley calificaba la postura de algún sujeto como de buena o mala fe. Las normas que se "redescubrían" no encajaban correctamente en los esquemas desarrollados y, entonces, se imponen las clasificaciones. No se sintió

la necesidad de revisar las nociones formuladas sino que se prefirió decir que estábamos ante diversas formas de buena fe, con una naturaleza bastante dispar y que en última instancia compartían sólo la denominación -por lo menos en las lenguas romances (buena fe; bonne foi, buona fede), ya que en alemán, por ejemplo, se cuenta con dos términos distintos "treu und glauben" y "guten glauben)-.

Queremos insistir en que se trata de un cambio de actitud en la ciencia jurídica y no en las legislaciones; las normas recogían en los códigos decimonónicos la que los autores llamarían buena fe "objetiva", sólo que no se había reparado en la relevancia de esta aparición del principio general. Si hacemos un recorrido por las obras de la dogmática posterior a la codificación en Francia, para tomar un ejemplo, podrá advertirse que cuando se comenta el art. 1134, las referencias a la buena fe son sumamente escuetas (25), y en su casi totalidad se utiliza la buena fe como medio de reforzar la autonomía de la voluntad restringiendo al máximo las posibles modificaciones en la relación jurídica; la mención de la buena fe es entendida como una referencia superficial de carácter programático, sin fuerza obligatoria propia (26).

Es la realidad y sus profundas transformaciones la que impone la búsqueda de nuevas vías jurídicas para ordenar, en justicia, la convivencia y los juristas "descubren", entonces, el camino de la buena fe, entre otros, aunque no se esfuerzan en vincular esta buena fe con la que tanto habían desarrollado. Las condiciones que llevan al reconocimiento de la buena fe como fuente normativa autónoma y "no como un mero símbolo retórico o un principio que consolida sólo la intangibilidad de los acuerdos, tienen su impulso en la crítica que los estudiosos dirigen contra el individualismo de los códigos decimonónicos y contra los esquemas de la pandectística" (27). Esta referencia a la realidad, a las

condiciones socio-político-económicas que determinan la crítica a los principios individualistas no es, a nuestro juicio, una concesión al "evidencialismo retórico", no consiste en pura dialéctica del progreso del Derecho (28); la vemos, más bien, como una vinculación esencial, impuesta por el mismo objeto con que los juristas se enfrentan. Circunscribirse a la normativa concreta sin pretensiones de contacto con lo fáctico reconduce a la constructiva dogmática tradicional e impide la superación científica del Derecho (29).

2. CLASIFICACIONES

El tema de la buena fe no escapa a la característica general de todos los análisis dogmático-jurídicos en lo que se refiere al afán clasificatorio. En concreto, en cuanto a la buena fe los autores se vieron obligados a intentar las clasificaciones partiendo de los propios textos legales que utilizan, teniendo en cuenta los diferentes sentidos en que dichos textos emplean la expresión "buena fe"; hubo otro factor determinante de las clasificaciones y fue el hecho de que los desarrollos dogmáticos en torno a la llamada, luego, buena fe subjetiva no permitían un encaje correcto de la buena fe "normativa". El pensar que el legislador siempre hace las cosas conscientemente o con una base de racionalidad, lleva a los científicos del Derecho a tratar de explicar las diferencias que existen en la utilización que las leyes hacen de los conceptos, como si fueran reflejo de distinciones ontológicas (30). En este sentido, es clarificadora la expresión de Breccia quien, después de rechazar cualquier intento unificador en punto a la buena fe, y ocultando-quiza su convicción de que entre la buena fe subjetiva y la objetiva hay una verdadera diferencia esencial, sostiene: "es clara...la tendencia a

uniformar tres momentos (intelectivo, psicológico y ético) que, en realidad, son objeto 'ex positivo iure' de valoraciones distintas" (31).

Sea cual fuera el origen de las clasificaciones ahí están siempre presentes y sin revestir, en lo que se refiere a la buena fe, mayores variaciones. Hay claramente dos grupos de clasificaciones: la^s bipartitas y las tripartitas; las segundas en rigor de verdad no son más que el resultado de desdoblar una de las categorías de las anteriores. Veamos algunas de esas clasificaciones a título de ejemplo.

Von Thur sostiene que es obvio en un primer análisis que existen dos tipos de buena fe, la representada por la "honradez subjetiva" y la que consiste en "las reglas objetivas de honradez", para agregar "así, del concepto moral de la honradez brotan ...dos diversos conceptos jurídicos" (32); idéntica distinción encontramos en Montés(33).

Esta primera clasificación de Von Thur está combinada con otra forma de distinción que, en ocasiones, se presenta así misma como criterio clasificador; consiste en decir que una es la buena fe que se presenta en materia de posesión y otra la que funciona en el campo del tráfico jurídico (34). Este criterio carece de auténtico sustento (35); la buena fe subjetiva no es patrimonio exclusivo del campo de los derechos reales, o más concretamente de la posesión. Tampoco la buena fe objetiva funciona con exclusividad en lo que se refiere a los contratos o a los actos jurídicos. En materia de obligaciones hay hipótesis en que la buena fe desempeña las mismas funciones que las atribuidas a la llamada buena fe "subjetiva" en materia de posesión (36). Por su parte, ya sea impuesta en forma expresa, ya tácitamente, la obligación de actuar conforme a "las reglas objetivas de la honradez" no se limita en materia jurídica al ámbito de las obligaciones; aun sin una norma como la del art. 7.1 del Código civil español, nadie se atrevería a sostener que en cuanto al

ejercicio y disfrute de los derechos reales puedan dejar de cumplirse : esas normas de conducta.

Díez Picazo distingue la "idea de buena fe", de la que afirma que es "un concepto técnico-jurídico que se inserta en una multiplicidad de normas jurídicas para describir o delimitar un supuesto de hecho" (37); y por otro lado, analiza "el principio general de la buena fe" que "no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa" (38). Nosotros pensamos que esta clasificación que, con variación terminológica, equivale a la clásica distinción entre buena fe subjetiva y objetiva, adolece del defecto de circunscribir el "principio general" a la significación de buena fe objetiva; aceptemos o no la posibilidad de unificar los tipos de buena fe en un concepto unitario, debemos reconocer, sin embargo, que la "idea de buena fe" no es ajena al "principio" de buena fe; se trata, en última instancia, de un corolario del principio, pero no una realidad extraña al mismo.

La distinción entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva se hace coincidir muchas veces con la significación intelectual y la ética; así se afirma que la buena fe subjetiva encierra un concepto psicológico, al tiempo que la buena fe objetiva tiene connotaciones éticas (39). No pensamos que esta identificación sea correcta. Ya vimos en el apartado anterior que, en rigor de verdad, la discusión sobre la naturaleza psicológica o ética de la buena fe se plantea circunscripta al campo de la llamada buena fe "subjetiva", respecto a la cual se ha afirmado la esencia psicológica pura; o exclusivamente ética, o mixta (40).

Con afán de lograr cierta originalidad Gorphe formula una clasificación tripartita, para cuya elaboración parte sobre todo de la consideración del funcionamiento de la buena fe. Distingue, así, la

que él denomina "buena voluntad" (41) en: a) legítima, que funciona en los actos jurídicos, como criterio de evaluación y de interpretación; b- leal, aplicable a las relaciones jurídicas como voluntad a realizar por las partes y respetar por los terceros, c) inocente, que es la que debe protegerse en los terceros víctimas de errores excusables (42). A fin de clarificar la original concepción, proporciona su equivalente con las clasificaciones basadas en el B.G.B., y afirma que la buena fe legítima y la leal corresponden a la "treu und glauben" alemana (buena fe objetiva en la terminología española) y la buena fe inocente es el equivalente a la "guten glauben" (es decir, a la buena fe subjetiva). La clasificación de Gorphe, que resulta mucho más oscura en la expresión sintética que el autor formula en las conclusiones de lo que surge de la propia obra, ha sido duramente criticada, en especial por Sacco (43).

De los Mozos es partidario también de la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva, aunque aporta en atención a las funciones que la buena fe desempeña una subdistinción dentro de la primera categoría, ya que llama a la buena fe interpretativa, buena fe "impropia" (44). Utiliza De los Mozos, paralelamente a la terminología clásica, la expresión buena fe "ob-causante" y "sub-legitimante" respectivamente para la buena fe-norma o buena fe objetiva y para la buena fe subjetiva (45).

Giampiccolo encuentra en el significado del término "fides" la base para la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva; "en el uso moderno -afirma- la expresión 'buena fe' se presta a dos diversas acepciones; mientras en el lenguaje culto... denota honestidad, probidad, y lealtad de comportamiento, en el lenguaje común... designa la particular condición de espíritu de quien(erróneamente) esta convencido de actuar rectamente" (46).

Sin afanes generalizadores, sino más bien circunscri-

biendo su enfoque al tema de la buena fe en el Código civil italiano de 1942, Sacco afirma: "en nuestras leyes se habla de buena y mala fe como hechos jurídicos psicológicos, o bien como criterios de comportamiento, o como criterios relativos a la vinculación entre los hechos jurídicos ...y las relaciones jurídicas" (47).

Analizando el tema en el estricto marco sistemático-normativo del Código civil español -y siguiendo la orientación dogmática de Díez Picazo-, Montés distingue tres sentidos en que el cuerpo legal utiliza la expresión 'buena fe': 1ª aquellas disposiciones en que se sino nimiza 'buena fe' con "ignorancia de la lesión que se causa a un interés de otra persona que se halla tutelado por el Derecho"; 2ª los preceptos en que la buena fe hace referencia a la creencia fundada en una apa riencia jurídica; y 3ª las normas que se refieren a la buena fe "como rectitud y honradez en el trato y que se traduce en un criterio o mane- ra de proceder al que las partes han de ajustarse en el desarrollo de sus relaciones jurídicas, y en la celebración, interpretación y ejecución de los contratos" (48).

Sin perjuicio de admitir y propugnar la existencia de una noción unitaria de buena fe, Hernández Gil utiliza un criterio clasificatorio funcional al sostener que la buena fe actúa en dos direcciones: "como reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes; y... como presupuesto de la atribución de derechos..." (49). Nosotros creemos que si bien la distinción formulada es correcta no abarca todas las funciones posibles de la buena fe.

Resumiendo, diremos que la clasificación tradicional de la buena fe distingue: 1) buena fe objetiva, la buena fe actúa como regla de conducta, portadora de normas en sí, o generadora de normas con-

cretas;

2) buena fe subjetiva, la buena fe consiste en la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma. Dentro de esta categoría, y según las posturas asumidas, cabrá hablar de que toda creencia o ignorancia constituye buena fe, o de que -posición que compartimos- sólo el error excusable genera una situación de buena fe; es decir que sólo tiene buena fe el sujeto que actúa diligentemente.

Hasta aquí, la concepción bipartita; la que llamamos tripartita varía sólo al crear una categoría autónoma para aquellas situaciones de buena fe subjetiva que proceden de la apariencia jurídica.

Nosotros creemos que, a pesar de que se hable de "clasificaciones", consciente o inconscientemente los autores aceptan una dualidad de conceptos correspondiente a una distinción ontológica. Si no fuera así, deberían partir de formular o reconocer una noción unitaria de buena fe, cosa que por lo general no sucede. Para nosotros que, como se verá en el punto siguiente, aceptamos la unidad de la noción de buena fe, la única clasificación posible deriva de la consideración de las distintas funciones que la buena fe -una y siempre la misma- puede desempeñar, y de hecho desempeña, en el ordenamiento jurídico.

3. CONCEPCION UNITARIA DE LA BUENA FE

Se habla con frecuencia de la "reconducción" de las distintas categorías de la buena fe a un tipo único. No se trata, creemos, de unificar realmente la tipología, sino de encontrar el concepto unita-

rio que sirva de base, luego, para auténticos criterios clasificatorios. El hecho de que se hable de reconducción a un tipo único pone de manifiesto nuestra impresión de que en realidad estas "clasificaciones" ocultan la concepción de los autores en el sentido de formular entre las diversas categorías diferencias ontológicas, esenciales.

Para nosotros la buena fe es una, aunque puede funcionar de diversa manera. Es uno el principio general de la buena fe del que se derivan múltiples corolarios, pero todos reconocen en ese principio su origen, esencia, y fundamentos.

Gorphe, a pesar de formular la intrincada clasificación a que hicimos referencia, reconoce que debe haber una noción única de buena fe aunque no se dedica a averiguar cuál sea su configuración precisa. Sin embargo, estima que ese origen común de las distintas manifestaciones de la buena fe se remonta a la equidad natural; "la buena fe -afirma- es hija de la justicia" (50). Intuyendo la unidad de la buena fe, pero sin desarrollar el asunto, dice López de Zavalía: "si la conducta de una persona coincide con la que observaría un hombre recto, puede decirse que se ajusta a la buena fe objetiva; si no coincide, pero quien actúa lo hace en la convicción de obrar rectamente, media buena fe subjetiva, pero cabe preguntarse: ¿acaso este último no es el modo de obrar del hombre recto, y si ello es verdad, el subjetivamente justificado no lo está objetivamente?" (51). También en Betti encontramos esta vinculación entre la llamada buena fe subjetiva y la objetiva; dice Betti que, en realidad, quien actúa ignorando alguna circunstancia o en base a una errónea creencia observa una conducta correcta, esto es conforme con el canon de la honestidad y la buena fe (52).

A pesar de algunos intentos unificadores, la mayoría de la doctrina no es partidaria de la búsqueda y reconocimiento de una

noción unitaria o básica de la buena fe; así Breccia, por ejemplo critica duramente los intentos unificadores y afirma que "no siempre se advierte la exigencia de atribuir a las dos nociones una clara, y particularmente oportuna, contraposición ontológica" (53). Giampiccolo también manifiesta sus dudas sobre la posibilidad de establecer una noción unitaria de la buena fe; sus reparos son sobre todo de carácter normativista, teniendo en cuenta la economía del Derecho positivo italiano (54).

Reiteramos que no se trata de echar por la borda los intentos de una distinción analítica de la buena fe, sino de encontrar el término común. La tradicional clasificación cala tan hondo en la formación de los juristas que se da por sentado el significado propio de cada categoría, sin buscar conexiones, y sin advertir que el principio general es uno, que no hay entre las dos "clases" de buena fe diferencia ontológica. Probablemente esta actitud de los juristas sea consecuencia de que desde muy antiguo surgieron los dos corolarios del principio y se desarrollaron paralelamente en los ordenamientos.

En el camino hacia el re-descubrimiento de la noción unitaria de buena fe destaca el aporte de Hernández Gil. Afirma este autor, con acierto, que la diferencia de tratamiento que el legislador da a la buena fe se traduce más acusadamente a nivel lingüístico "de las expresiones utilizadas que en el referente de las mismas y en su textura lógica" (55). Buscando el eje de la unidad de la buena fe, llega Hernández Gil a la conclusión de que ese elemento es la normatividad esencial presente en todas y cada una de las aplicaciones de la buena fe. Siempre la buena fe encarna una "pauta de comportamiento procedente de la moral social" (56). En efecto, "norma hay siempre" y ello es así, a nuestro juicio, porque la buena fe es un principio general y como tal tiene carga normativa directa y refleja o de desarrollo.

Si procedemos a identificar "objetividad" con norma-

tividad, veremos que toda buena fe es objetiva en el sentido de que representa una pauta de conducta, una directriz para el comportamiento y la acción. ¿Qué es, para nosotros, entonces, la llamada buena fe "subjetiva"? Es la consideración de un comportamiento concreto a la luz del comportamiento exigido in abstracto por la buena fe llamada "objetiva". Dice Hernández Gil que "la pretendida Buena fe subjetiva se refiere al hecho o al acto del comportamiento de una persona; pero no es otra buena fe, sino la encarnación de la misma globalmente considerada, en la actitud, el acto o la conducta desplegada" (57). ¿En qué radica la subjetividad? En la consideración de la conducta concreta y efectiva de un sujeto determinado, en el referir el contenido normativo general de la buena fe al comportamiento de una persona.

Será "de buena fe" aquél que haya actuado siguiendo las reglas de honestidad y corrección, cumpliendo las normas que impone el principio general de buena fe. Se nos dirá, entonces, que "ser de buena fe" de acuerdo con esta tesis sólo es posible cuando el ordenamiento impone concretamente la obligación de conducirse de tal modo. No es así; la obligación de comportarse según las normas de la buena fe surge de un principio general básico en todo ordenamiento, esté o no expresamente recogido. En líneas generales el contenido de la buena fe como principio general tiene una marcada carga ética, representa una forma de irrupción o conexión entre la moral social y el Derecho.

La relación que media entre la llamada buena fe objetiva y la subjetiva es la misma que existe entre la norma que prohíbe la usurpación y la determinación de la figura del usurpador, sólo que en esta hipótesis se recurre al empleo de términos distintos. Usurpación consiste, según la tipificación del Código penal español, en la ocupación de una cosa inmueble o en el hecho de usurpar un derecho real de ajena per-

tenencia, con violencia o intimidación en las personas (58); el ordenamiento sanciona la usurpación por ser una conducta antijurídica y antisocial. Cuando ese mismo ordenamiento se refiere al usurpador, nadie piensa que se está haciendo remisión a una "usurpación subjetiva", frente a la objetiva que estaría representada por la prohibición de la usurpación (59). Es usurpador el que ha usurpado. De la misma manera -a nuestro juicio- es de buena fe el que ha actuado cumpliendo las normas que ella impone.

La diferencia radica, según parece, en que mientras los legisladores no se han visto precisados a definir al usurpador, pues la usurpación era claramente tipificada, sí han definido al sujeto (generalmente al poseedor) de buena fe. ¿Por qué? En la antigüedad, por la dificultad de definir en forma global y abstracta el principio general (ya vimos cómo Cicerón reconoce tal dificultad (60)); y modernamente, pues se ha seguido la tradición normativa. El problema consiste en dotar de un contenido a la noción de buena fe, de lo cual nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

La distinción tradicional parte de la tajante separación entre creencia y conducta; la buena fe subjetiva es creencia, la buena fe objetiva es conducta. Pero cabe preguntarse ¿corresponde en este punto formular una distinción tan marcada entre creencia y conducta? Si desde el punto de vista estrictamente psicológico no cabe duda de que se trata de cosas diversas, pensamos que en nuestro campo no puede hablarse de ellas como compartimentos estancos. El Derecho, en general, no se ocupa de la pura creencia, salvo que tenga una trascendencia fáctica; sin embargo, es cierto que en muchas hipótesis el estado psicológico del sujeto es tenido en cuenta, con relieve propio pero no en forma totalmente separada de la conducta.

La relación creencia/conducta, cuando se trata de la buena fe, es mucho más íntima; a pesar de que la mayoría de los autores no lo advierta. No puede alegar buena fe subjetiva quien, por ejemplo, pretende ignorar un vicio en su posesión si ese estado de conciencia es producto de un actuar negligente y descuidado. La razón de esa imposibilidad radica en que no ha actuado de acuerdo a las reglas de diligencia que integran la buena fe "objetiva". Así, supongamos que A debe pagar a B una suma de dinero y cumplido el plazo se presenta C y le dice que viene de parte de B a cobrar; si A sin preocuparse por verificar la calidad de C, paga, es probable que pague a quien no estaba legitimado para recibir. ¿Podrá aducir a su favor la buena fe? La respuesta depende de las circunstancias; el mundo de la deuda, los elementos que presente C para justificar su posición, así como todo otro tipo de factores coadyuvantes a la situación, deberán tomarse en cuenta para fijar el grado de diligencia exigible a A, así como la legitimidad de su buena fe. Es el tema clásico ya en la legislación del pago al acreedor aparente. Vemos, pues, que la buena fe subjetiva no es pura creencia, sino una creencia basada en una conducta recta y honesta.

De la misma manera no puede hablarse de que hay una conducta conforme a la buena fe, un actuar recto y honesto en su mera exterioridad, si esa conducta va acompañada de mala fe subjetiva. La conducta del hombre en Derecho no es una mera sucesión de actos sin importar el componente intelectual-volitivo. Así el comprar un bien cumpliendo todas las formalidades no es conducta recta si quien compra sabe que el objeto no pertenece a quien lo vende, quien tampoco está legitimado para disponer. La sucesión de actos puede ser la misma que en cualquier otro supuesto de compraventa, pero el comprador no podrá decir que ha actuado con rectitud y honestidad.

El Derecho es un orden de conducta de la vida del hombre y es una perogrullada recordar que se trata de un sujeto dotado de ra zón, un ser libre de volición y, por tanto, ^{la} conducta no es escindible de su razón. salvo los casos patológicos en que se ve afectada aquella capacidad intelectivo-volitiva (61). La conducta del hombre en el ámbito jurídico no es exclusiva exterioridad, sino acto. En consecuencia no puede pretenderse que pueda haber una buena fe creencia sin una conducta conforme a la buena fe, ni la corrección y rectitud que exige la buena fe es una formalidad externa, vacua de contenido.

La buena fe es una. El principio general de marcado contenido ético origina múltiples corolarios y funciona diversamente. Pero no estamos frente a realidades ontológicamente distintas. No perdamos, pues, en aras de clasificaciones más o menos acertadas, la visión de aquéllo que tipificamos.

4. LA BUENA FE ;STANDARD JURIDICO O PRINCIPIO GENERAL?

En cierta medida el propio título del trabajo anticipa nuestra postura respecto al interrogante planteado; no obstante, hemos de analizar esta faceta del tema que no carece de interés, sobre todo si se piensa que muchos autores sostienen que la buena fe es un standard jurídico.

Lo primero que debemos hacer es averiguar qué es un 'standard' jurídico. La idea de los 'standards' surge como su propio nombre lo indica en la teoría anglosajona del Derecho y es trasladada o generalizada. Un standard es un parámetro, una medida, un patrón. El standard jurídico es un "arquetipo o modelo de conducta social que, por una parte, se impone en determinados casos de modo expreso, y por otra parte, impli

ca que se niegue la tutela jurídica como sanción cuando se produce un comportamiento de signo contrario" (62).

Siendo un patrón, el standard jurídico funciona como criterio de contrastación de comportamientos concretos, para determinar su adecuación o no con la medida elegida como base por el legislador, o por el juez en los sistemas de Common Law. Los standards jurídicos no generan normas, ni contienen en sí normas o directivas de comportamiento. Sirven para que el legislador los tome como punto de referencia -en cierta forma, como medida ejemplar- para indicar cuál es la conducta debida por un sujeto en determinada circunstancia.

El problema se plantea , pues, se ha generalizado en exceso la utilización de esta terminología y se la aplica para designar conceptos o elementos del sistema jurídico que no son modelos, sino normas o fuentes normativas. Tal lo que sucede con los usos del tráfico; los usos son una forma normativa, en la mayoría de los casos; actúan imponiendo normas muy variadas en la medida que la ley les reconoce como ámbito de eficacia para funcionar como dispositivos obligatorios. Sin perjuicio, puede en algunas ocasiones utilizarse esta expresión para referirse a verdaderos standards jurídicos, pero no será lo frecuente. Las "buenas costumbres" sí actúan principalmente como modelos o patrones de medida; mientras la costumbre puede ser fuente de normas objetivas, las "buenas costumbres" hacen referencia a un hecho exterior que servirá de base para calibrar un determinado acto.

Los standards jurídicos, como cualquier otro patrón, plantean el problema de la determinación de su contenido, es decir de la delimitación de su ámbito sustancial. Sacco analiza con detenimiento y profundidad el tema, tomando como ejemplo un standard frecuentemente empleado por las leyes de raigambre latina: el "buen padre de familia".

Se trata, pues, de un auténtico standard; el "buen padre de familia" no es por sí mismo un criterio ~~normativo~~, sino un modelo que el ordenamiento toma en cuenta como "causa ejemplar" y sobre la cual ha de juzgar la conducta concreta de las personas. Ahora bien, cómo determinamos lo que sea "un buen padre de familia" ¿Debemos recurrir a criterios de normalidad? O, por el contrario, ¿acudiremos a la idealización de la figura y crearemos para el buen padre de familia la consideración del ciudadano perfecto? ^{Sostiene} ~~Advierte~~ el autor citado que "la afirmación de que... 'buen padre de familia' fuera el 'ciudadano romano perfecto', prueba que el hombre en abstracto es algo distinto del resultado de una operación estadística, es, cuanto menos, el representante de una restringida élite de ciudadanos..." (63).

No es nuestra misión ahora el análisis de los standards jurídicos, por ello no nos detendremos en la consideración de cómo debe dotarse de contenido a estas expresiones (64). Nos interesa sí destacar que, a nuestro entender, sea cual fuera el standard elegido, y sea cual fuera el contenido que se le atribuyera, no tiene por sí fuerza normativa. Los standards jurídicos no imponen formas de actuación; la normatividad que pudiera reconocérseles, viene impuesta por la norma que los incorpora.

La buena fe ha sido considerada reiteradamente como standard, algunas veces jurídico, otras, ético. En este sentido se manifiesta Montés, quien comentando el nuevo art. 7.1 del Código civil español señala que "la buena fe sería lo que se ha llamado un standard jurídico... de este modo se explicaría que la buena fe sea tenida en cuenta como causa de exoneración o de atenuación de una regla sancionadora, así como que la buena fe sea presupuesto o causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo, finalmente, sea fuente de creación de especiales de-

beres de conducta" (65). También Esser se refiere a la buena fe como standard, aunque otras veces reconoce que se trata de un auténtico principio general (66).

Con alguna peculiaridad, Díez Picazo dice que la buena fe considerada como "idea" es la representación de un standard; la "idea de buena fe, por sí sola, no pasa de ser otra cosa que un concepto técnico, acuñado por los técnicos del derecho y utilizado como elemento de descripción o delimitación en diferentes supuestos de hecho normativos. Es, ... un standard o modelo ideal de conducta social. Aquella conducta social que se considera como paradigmática" (67). Decimos que hay cierta peculiaridad en esta afirmación pues, por lo general, cuando los demás autores se refieren a la buena fe como standard jurídico tienen en mente a la llamada buena fe objetiva, es decir aquella a la que atribuyen capacidad jurígena, mientras que Díez Picazo refiere el concepto de standard a la buena fe subjetiva. Aun cuando, como vimos, rechazamos esta diferenciación, creemos que la atribución del carácter de standard a la buena fe subjetiva es más acertada, teniendo en cuenta el concepto que hemos dado de este elemento del ordenamiento. En los casos de la llamada buena fe 'subjetiva', el legislador toma como modelo o paradigma, para contrastar la conducta concreta, la "actuación de buena fe"; utiliza un modelo como pudo haber dicho "hombre medio", "hombre previsor", etc., con la gran diferencia de que el parámetro que elige es normativo en sí, o mejor dicho consecuencia o corolario de un principio general del Derecho, cargado de normatividad.

Di Majo (68), aunque sin dedicar mayores reflexiones a este aspecto, también habla de la buena fe como standard. Por su parte, Amorós (69) hace equivaler la noción de standard jurídico con la de "concepto válvula"; creemos que esta equivalencia resulta inspirada por la

imprecisión de contenido que encontramos en ambas hipótesis. A nuestro juicio, la noción de conceptos válvula es mucho más amplia que la de standard, pues la primera se refiere a cualquiera de los elementos lógico sistemáticos del ordenamiento que carecen de una determinación expresa, permitiendo que por su intermedio el Derecho se agilice y evolucione incorporando al sistema y brindando marco normativo a la variable y múltiple realidad. Los standards jurídicos son, en la mayoría de los casos conceptos válvula, pero no todo concepto válvula es un standard jurídico. Así, los principios generales, la equidad, la referencia a la moral, son conceptos válvula y no son standards jurídicos. Decíamos que en la mayoría de los supuestos los standards son conceptos válvula en el sentido de conceptos de contenido variable. Nada impide que la ley tome como standard, es decir, como parámetro, un concepto derivado de la propia normativa, aunque esto no será lo más corriente; por ejemplo, si una norma dice que el gestor de negocios debe comportarse como un mandatario, en este caso habrá que llenar el contenido de este standard con la expresa remisión a las obligaciones y deberes atribuidos al mandatario por la ley, con lo cual lo de concepto-válvula queda bastante desfigurado. Otra cosa sería si dijera: como un mandatario "diligente".

Hernández Gil parece considerar compatible la idea del principio general y la del standard. Afirma que "la buena fe, en su significación general, funciona como un principio general o un standard jurídico. El ordenamiento evoca un modelo de conducta que la conciencia social considera como arquetipo al que han de atenerse las personas para merecer el amparo por el derecho" (70).

Nosotros entendemos que la buena fe es un principio general y no un mero standard jurídico. La diferencia esencial, entre estos dos elementos del sistema, radica en la normatividad propia del primero,

de la que carece el segundo. Tomemos un standard jurídico indiscutible como es el del "hombre medio" ¿surgen de este concepto obligaciones concretas? Obviamente no. ¿Puede generar normas? No. Simplemente indica el molde en el que han de volcarse las conductas concretas. Tomemos ahora un principio general, la buena fe o el enriquecimiento sin causa. ¿Generan normas? Sí, y no sólo eso sino que en sí mismos son ya normas, aunque su estructura formal-técnica no esté muy desarrollada, imponen ciertas formas de conducta, de ellos derivan obligaciones, surgen consecuencias jurídicas.

Pueden encontrarse algunas similitudes; sin duda, la más importante es la indeterminación del contenido atribuible a estas expresiones. En la tarea de dotar de contenido específico a los principios generales y a los standards jurídicos, la figura del intérprete y sobre todo la del juez desempeña un papel importantísimo. Pero la indeterminación, elemento similar, no se cubre o soluciona a nuestro juicio por caminos idénticos. Para dotar de contenido a los standards jurídicos habrá que referirse preferentemente a la realidad, a los hechos, se utilizarán consideraciones estadísticas y sociológicas. Por su parte, parece que la determinación del contenido preciso de los principios generales presenta una vinculación más directa con criterios axiológicos o éticos, es decir, con criterios normativos.

En el camino de marcar otra diferencia, diremos que una observación permite sostener que los principios del Derecho están presentes, en forma expresa o implícita, en todos los ordenamientos jurídicos, pues, en sustancia recogen los que son los valores esenciales del plexo axiológico correspondiente al fenómeno del Derecho; mientras que los standards jurídicos son elegidos arbitrariamente por el legislador y no representan ni constituyen manifestación de los valores jurídicos.

- (1) Sobre la relación Derecho/moral, ver lo dicho en el Cap. I, pto. 6.A y la bibliografía allí citada.
- (2) "Primer Seminario Argentino-Norteamericano de Derecho Comparado", Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, diciembre de 1978.
- (3) BONFANTE, P. "Essenza della bona fides e suo rapporto colla teoría dell'errore", en *Scritti Giuridici Varii*, Torino, 1926, T. II, p. 708 y ss; también en "Essenza della buona fede" en el *Bolletino dell'Istituto di Diritto Romano*, T. VI, p. 3 y ss.
- (4) HERNANDEZ GIL, A. "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980, p. 173.
- (5) LEVI, G. "Sul concetto di buona fede", Génova, 1912
- (6) SACCO, R. "La buona fede nella teoría dei fatti giuridicci di Diritto privato", Giappichelli, Torino, 1949, p. 5.
- (7) DE LOS MOZOS, J. "El principio general de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español", Bosch, Barcelona, 1965, p. 15.
- (8) Idem nota anterior, p. 16 y ss.
- (9) En contra, DE LOS MOZOS, ob. cit. en nota 7.
- (10) ENGISCH, K. "Introducción al pensamiento jurídico" (trad. Garzón Valdés), Guadarrama, Madrid, 1967.
- (11) Sobre el particular, puede verse BRECCIA, U. "Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffrè, Milán, 1968.
- (12) ORTEGA Y GASSET, J. "Ideas y creencias", 8a. edic., Espasa-Calpe, Madrid, 1976.
- (13) Ver las observaciones de SACCO, R. ob. cit. en nota 6, p.4, nota 4.
- (14) Sobre el particular puede verse la interesante investigación de CORRADINI, D. "Il criterio della buona fede e la scianza del Diritto privato", Giuffrè, Milán, 1970.
- (15) CICERON, M. "De Officiis" (trad. Valbuena), 3a. edic., Porrúa, México, 1978, Libro III, cap. XVII, p. 83.
- (16) Para un análisis más detenido del asunto, pueden verse -entre otros- CORRADINI, D. ob. cit. en nota 14; BONFANTE, P. ob. cit. en nota 3; HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 4; DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 7; SACCO, R. ob. cit. en nota 6; GOMEZ ACEBO, F. "La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código Civil", en R.D.P., T. XXXVI (1952), p. 106 y

ss. y 192 y ss.; GORPHE, F. "Le principe de la bonne foi", Dalloz, Paris, 1928; "Studi sulla buona fede" (obra colectiva), Giuffrè, Milán, 1975.

(17) Ver las obras indicadas en la nota anterior.

(18) Código Civil argentino: art. 2356.-...La posesión es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho, se persuadiere de su legitimidad.

art.- La buena fe requerida para la prescripción; es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa. ...

art. 4007.- La ignorancia del poseedor, fundada sobre un error de hecho, es excusable, pero no lo es la fundada en un error de derecho.

(19) GORPHE, F. ob. cit. en nota 16, p. 46.

(20) GOMEZ ACEBO, F. ob. cit. en nota 16, p. 120.

(21) VON THUR, A. "La buena fe en el Derecho Romano y en el derecho actual" (trad de Roces), R.D.P., T. XII (1925), p. 337 y ss, en especial, p. 338.

(22) Idem nota anterior.

(23) GOMEZ ACEBO, F. ob. cit. en nota 16, p. 119.

(24) Ver el desarrollo de este proceso en CORRADINI, D. ob. cit. en nota 14.

(25) Ver, por ejemplo, COLIN, A.-CAPITANT, H. "Cours élémentaire de Droit Civil Français", Dalloz, Paris, 1915, T. II (en todos los sitios en que menciona el art. 1134, ni siquiera nombra a la buena fe); PLANIOL, M.- RIPERT, G. "Traité Élémentaire de Droit Civil", 10a. edic., Lib. G. D. et J., Paris, 1926, T. II, en especial, cap. VIII, p. 412 y ss.

(26) Para Italia, ver CORRADINI, D. ob. cit. en nota 14 y GIAMPICCOLO, G. "La buona fede in senso soggettivo nel sistema del Diritto privato", en Riv. Dir.Comm. 1965 -I- p. 335 y ss, y en el volumen "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 75 y ss., en especial, p. 123, nota 4.

(27) CORRADINI, D. ob. cit. en nota 14, p. 319.

(28) En contra DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 7, en especial en la Introducción.

(29) Sobre el paradigma de la ciencia dogmática y la necesaria transformación del mismo, véase: HERNANDEZ GIL, A. "Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica", Civitas, Madrid, 1976; del mismo autor,

"La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981; ZULETA PUCEIRO, E. "Paradigma dogmático y Ciencia del derecho", Edersa, Madrid, 1981; VALLET DE GOYTISOLO, J. "Estudios sobre Fuentes del Derecho y Método jurídico", Montecorvo, Madrid, 1982.

- (30) Sobre las presuposiciones implícitas en la dogmática tradicional, ver ZULETA PUCEIRO, E. ob. cit. en nota anterior.
- (31) BRECCIA, U. ob. cit. en nota 11, p. 4, nota 3 (el subrayado es nuestro).
- (32) VON THUR, A. ob. cit. en nota 21, p. 337 y 338.
- (33) MONTES, V. Comentario al art. 7.1 del Código civil español en "Comentarios a las reformas del Código Civil", Tecnos, Madrid, 1977, T. I, p. 356 y ss, en especial, p. 362.
- (34) VON THUR, A. ob. cit. en nota 21, p. 337-338.
- (35) Conf. HERNANDEZ GIL, A. "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe" (discurso de apertura de curso) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, p. 22; AMOROS GUARDIOLA, M. "La protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe", A.D.C, T.XXV (1972) p. 189 y ss., en especial, p. 217.
- (36) Sobre el particular, DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 7, cap. VI y VII.
- (37) DIEZ PICAZO, L. Prólogo a la obra de WIAECKFER, F. "El principio de la buena fe", Civitas, Madrid, 1977, p. 11; véase también "La doctrina de los propios actos", Bosch, Barcelona, 1963, p. 134 y ss.
- (38) DIEZ PICAZO, L. prólogo cit. en nota anterior, p. 12.
- (39) Ver lo que afirma al respecto, GIAMPICCOLO, G. ob. cit. en nota 26, en especial, p. 89 y ss; MONTES, V. ob. cit. en nota 33, p. 362.
- (40) Conf. HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 35, p. 22.
- (41) vinculando la buena fe al área de la voluntariedad más que al de la intelectualidad.
- (42) GORPHE, F. ob. cit. en nota 16, p. 239.
- (43) SACCO, R. ob. cit. en nota 6, p. 17, nota 17.
- (44) DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 7, p. 171 y ss.
- (45) Idem nota anterior, p. 26.
- (46) GIAMPICCOLO, G. ob. cit. en nota 26, p. 84.
- (47) SACCO, R. ob. cit. en nota 6, p. 14 y ss, en especial, p. 17.

- (48) MONTES, V. ob. cit. en nota 33, p. 363.
- (49) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 35, p. 36.
- (50) GORPHE, F. ob. cit. en nota 16, p. 9.
- (51) LOPEZ DE ZAVALIA, F. "Teoría de los contratos. Parte General", Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1971, p. 240.
- (52) BETTI, E. "Teoria Generale della obbligazione", Milán, 1953, T. I.
- (53) BRECCIA, U. ob. cit. en nota 11, p. 4, nota 3.
- (54) GIAMPICCOLO, G. ob. cit. en nota 26, p. 79.
- (55) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 35, p. 30.
- (56) Idem nota anterior, p. 27.
- (57) Idem, p. 33-34
- (58) Código penal español, art. 517.
- (59) Es sabido que las normas penales, eluden la referencia o mención expresa del primer juicio de la proposición.
- (60) CICERON, M. ob. y lug. cit. en nota 15.
- (61) Por ejemplo, en los casos de demencia, toxicomanía, alcoholismo, etc.
- (62) MONTES, V. ob. cit. en nota 33, p. 363.
- (63) SACCO, R. ob. cit. en nota 6, p. 46.
- (64) Sobre "standard" jurídico puede verse: AL SANHOURY, "Le standard juridique", en Recueil d'Etudes sur les sources du Droit en l'honneur de F. Geny"; FERNANDEZ DE VELASCO, R. "El standard de Derecho en la jurisprudencia inglesa y su aplicación", en R.D.P., T. XIV (1927), p. 129 y ss.
- (65) MONTES, V. ob. cit. en nota 33, p. 363.
- (66) ESSER, J. "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado", (trad. Valentí Fiol), Bosch, Barcelona, 1961, p. 123.
- (67) DIEZ PICAZO, L. prólogo cit. en nota 37, p. 13 y en "Sistema de Derecho Civil" (en colaboración con Gullón Ballesperos, A.), 4a. edic., Tecnos, Madrid, 1981, T. I, p. 460.
- (68) DI MAJO, A. "Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto", en Riv. Dir. Comm. 1970, Nos. 5-6, p. 192 y ss., en especial, p. 221.
- (69) AMOROS GUARDIOLA, M. ob. cit. en nota 35, p. 250.
- (70) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 4, p. 173.

CAPITULO III

HACIA LA DETERMINACION DEL CONTENIDO SUSTANCIAL

DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE

Sumario:

1. Concepto indeterminado normativo. Vías de determinación.
2. El contenido ético.
3. Los valores jurídicos en la determinación del contenido del principio de buena fe.
4. La equidad y el contenido de la buena fe.
5. La buena fe, los usos y las circunstancias del caso.
6. Universalidad e historicidad del contenido de la buena fe.
7. La opinión de los autores.

1. CONCEPTO INDETERMINADO NORMATIVO. VIAS DE DETERMINACION.

El punto capital de cualquier estudio de la buena fe es el que se refiere a la determinación del contenido concreto que habrá de darse a esta locución. Todos -juristas o no- tenemos una idea, una noción de lo que significa actuar de buena fe, pero debemos buscar en el ámbito del Derecho una significación más o menos general de qué debe entenderse por buena fe para evitar los consabidos reproches de inseguridad y falta de certeza (1).

Estamos frente a lo que Engisch llama un "concepto jurídico indeterminado", es decir "un concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto" (2); y dentro de esta categoría, precisando más, se trataría de un concepto normativo. Estos conceptos son elementos de "relajamiento" del sistema, que permiten escapar del ius strictum para pasar al ius aequum. La actividad de interpretación y aplicación de la ley no puede reducirse a un mero automatismo, debe reconocerse cierto margen de libertad y flexibilidad para la actividad del intérprete. Ahora bien, para evitar caer en el total subjetivismo que llevaría a la inseguridad jurídica, hemos de encontrar la forma de dotar de contenido a estos conceptos normativos con una base de objetividad. Los conceptos normativos se oponen a los meramente descriptivos; la esencia de la distinción reside en la necesidad de una actividad valorativa en el caso de los primeros, mientras que los conceptos indeterminados descriptivos se completan mediante una mera observación de lo fáctico.

Es frecuente entender que la remisión a la buena fe genera casi siempre una "cláusula general", así sucede por ejemplos con los autores alemanes, que se refieren al parágrafo 242 del B.G.B.(3). Von Hippel sostiene que las cláusulas generales proporcionan guías o direc-

tivas que servirán de orientación y cuyo contenido concreto deberá fijarse teniendo en cuenta las circunstancias del caso (4). Siguiendo la clasificación de Engisch no podemos situar, sin más, este tipo de normas entre las cláusulas generales. Para el autor citado, la cláusula general es aquella que "gracias a su gran generalidad permite someter adecuada e íntegramente un grupo mayor de situaciones de hecho a una consecuencia jurídica" (5); opone, así, cláusula general a casuística. La esencia de la cláusula general reside en el supuesto de hecho contemplado. Dentro de este esquema, la norma del parágrafo 242 del B.G.B., ni las demás normas de su tipo -como por ejemplo, el art. 7.1 del Código civil español o el art. 1198 del Código civil argentino- serían cláusulas generales en cuanto a la técnica legislativa empleada para su inserción en el sistema; pero esto no alterará para nada la consideración de la buena fe como concepto indeterminado normativo. Para ser más claros, la cláusula general es la forma técnica de introducir en la mayoría de los casos el concepto de buena fe, al que habrá de dotar de contenido concreto -pues se trata de un concepto indeterminado- atendiendo a valoraciones o juicios estimativos -pues es un concepto normativo-.

Para nosotros, pues, el principio general de buena fe es un concepto indeterminado normativo; pero no todos los autores lo consideran así -al menos desde el punto de vista técnico-; ya veremos que en esencia cualquiera sea la denominación empleada, siempre se llega a la conclusión de que se trata de un concepto que requiere para ser dotado de contenido la remisión a valoraciones más o menos generales, la remisión a criterios meta-jurídicos.

Wiaecker se refiere a una cláusula general (6); Hernández Gil sostiene que no estamos frente a una norma en blanco, prefiere calificarlo como un "concepto general concreto", "lo primero, por su uni

dad de sentido; lo segundo, porque se nutre de un contenido concreto influido por las circunstancias" (7). Otros autores hablan de "concepto-válvula" (8). Hay quienes, como ya vimos, se refieren a un "standard" (9). Sea cual fuera la denominación empleada, todas ellas -algunas con mayor precisión técnica que otras- hacen referencia a una misma realidad, es decir a una expresión cuyo contenido no está determinado, por completo, a una locución que requiere ser dotada de contenido más o menos preciso.

Estamos frente a una indeterminación normativa; tres son las vías por las que podemos llevar a cabo la valoración que cubrirá la imprecisión propia del concepto. Podríamos recurrir a una valoración meramente individual y subjetiva del intérprete. Ello nos conduciría a una gran desarmonía; la relatividad -que en cierto grado resulta saludable, sino imprescindible en materia jurídica- llegaría a extremos perniciosos. La inseguridad sería total e irremediable ya que si entendemos que el contenido de la locución viene validamente fijado por una estimación exclusivamente personal, nadie podría revisar dicha apreciación. Las decisiones judiciales en la materia serían prácticamente irrevocables por los tribunales superiores, y lo mismo pasaría con las decisiones de tipo jurisdiccional de funcionarios de la Administración.

La segunda forma de completar el contenido de la expresión "buena fe" (y de todos los conceptos indeterminados normativos) consiste en recurrir a la valoración reinante en un determinado sector de la comunidad. Esta última posibilidad es aceptada por Esser que se refiere al estrato de los juristas (10) y parece ser, también, la seguida por Wiaecker cuando hace mención de la ética-jurídica (11); asimismo Engisch se inclina por esta opción (12). Nosotros, en cambio, creemos que no puede reducirse el punto de referencia de la valoración a la estimación de una élite, cualquiera que ella fuera, pues el Derecho no es un produ

to cultural circumscripto a un sector de la comunidad, sino al ordenación social general de la conducta de relación; nadie queda al margen del fenómeno jurídico.

La tercera vía consiste en remitirnos a la valoración general, para evitar los riesgos del subjetivismo. Habrá que tener en cuenta las estimaciones-ambiente; no nos referimos a las ideas de una comunidad, sino a sus "creencias" (13). No podemos reducirnos a la personal valoración que formula el intérprete, ni tampoco limitarnos a considerar las estimaciones propias de un sector de la comunidad, habrá que tener en cuenta el esquema valorativo medio, general, común. Por supuesto que no se tratará de incorporarlo sin más al marco jurídico; la misión de los juristas será pulir esta valoración general dotándola de formulación técnica, eliminando de ella lo que resulte indiferente al Derecho. Pero lo que no puede hacerse es limitar al sentir de los juristas, o de una clase dominante, la comprensión de estos conceptos. No debe perderse de vista que el Derecho no está hecho sólo para los juristas, sino para toda la comunidad.

Aunque no se refiere específicamente a la buena fe, sino a los juicios de equidad, sostiene Squella Narducci que "la solución de equidad es siempre una construcción estimativa que tiene lugar en la conciencia del juzgador,... por lo tanto el propio juzgador es la fuente de la decisión equitativa"; reconoce, no obstante, que la decisión no será mera arbitrariedad, pues el juzgador contará con antecedentes entre los cuales destaca "lo que comúnmente se llama 'derecho natural', pero únicamente a condición de que el juzgador atribuya a este derecho una existencia objetiva y sienta que cuenta con medios fiables para alcanzar su verificación de modo igualmente objetivo..." (14). Es de hacer notar cómo el autor citado ubica el centro de la estimación en la propia conciencia.

cia valorativa del juzgador, para relegar a las valoraciones vigentes en la comunidad a un lugar muy secundario. Además no cree que estas estimaciones estén siempre presentes, pues afirma que "es probable que jueguen también un papel importante... las llamadas valoraciones o ideas socialmente dominantes que, arraigadas fuertemente en el interior de la comunidad histórica, dentro de la cual actúa el juzgador, circundan a éste e intentan, igualmente, concretarse a través de sus decisiones" (15).

Como es obvio, una solución de este tipo generará una gran disparidad de criterios, ya que el elemento personal del juzgador es el esencial en la determinación del resultado. Scruella reconoce esta dificultad, pero entiende que lo positivo de su tesis radica en que "ilumina las dimensiones de búsqueda incesante de justicia" (16). No compartimos este criterio; la búsqueda de la justicia es incompatible tanto con el estricto legalismo, como con el absoluto subjetivismo que se postula.

Decíamos, más atrás, que para eliminar los peligros e imprecisiones de los juicios estrictamente subjetivos, se propugnan dos opciones: la referencia a la conciencia social, en general; y la remisión a los juicios estimativos de un grupo determinado, de un sector particular de la comunidad. Veamos quiénes y en qué términos propician cada una de estas soluciones.

Los autores alemanes se inclinan por la referencia a una estimación de grupos determinados. Engisch sostiene que "quien aplica el Derecho tiene que buscar y examinar valoraciones ya existentes de la mayoría o de un determinado círculo, en especial valoraciones ya existentes en la clase 'dirigente' y 'dominante' ", para reafirmar su postura, citando a Schönke-Schröder, agregando que esos grupos cuyas valoraciones hay que tener en cuenta son "aquellos cuyo juicio confiere vigencia al

orden jurídico estatal respectivo" (17). Aunque luego matiza estas afirmaciones, nos parece que son sumamente peligrosas, no ya por la limitación que entraña siempre el circunscribir las valoraciones a un grupo particular de la comunidad, sino porque con fórmulas como la propiciada se podría legitimar cualquier "orden jurídico estatal", ya que por más ilegítimo e injusto que éste sea habrá invariablemente un grupo social que le confiera vigencia.

Esta opinión resulta corregida más adelante, al referirse el citado autor a las concepciones-ambiente, aclarando que el medio ambiente será la resultante de buscar la creencia sustentada por los individuos equidistantes de posturas extremas respecto a la cuestión debatida. Finalmente parece inclinarse por la postura que se refiere a la valoración general de la sociedad, sobre todo cuando la ley a través de los conceptos normativos se remita a criterios morales. Así, sostiene que "quien aplica el derecho tiene que 'comprobar' cuáles son las concepciones morales verdaderamente válidas", siendo la valoración personal del juzgador sólo un elemento en el proceso de conocimiento (18). A pesar de la matización, queda siempre pendiente esa remisión a la clase dominante o dirigente que tiñe todo el pensamiento, pues lo que se dice luego referido al ambiente no es nada más que la forma de poner de manifiesto la escasa importancia que tendrá la personal valoración subjetiva del juez.

Esser, por su parte, dirige su conocida obra "Principio y norma en la elaboración judicial del Derecho privado" a demostrar que en realidad la labor jurisprudencial determina la formación de un "pensamiento jurídico institucional", derivado fundamentalmente de la creación de los jueces, con el aporte de la dogmática; y es precisamente este pensamiento institucional, producto del arte jurisprudencial,

la fuente de las valoraciones que el intérprete debe tener en cuenta para dotar de contenido a los conceptos normativos (19).

Wiaecker, recogiendo la inspiración de Esser, y aplicándola en concreto a la cláusula general del parágrafo 242 del B.G.B., afirma que el producto de la aplicación de dicho parágrafo es un auténtico "derecho judicial libre", basado en las máximas del arte de la profesión judicial. Estas máximas "utilizadas en la aplicación del derecho son objeto de una teoría ético-jurídica... Los principios de esta teoría del arte son consiguientemente los de una conducta práctica,... se forman preferentemente en el foro, en la jurisprudencia, con la colaboración en su caso de la doctrina" (20). Con lo dicho queda bien claro que será el estrato de los juristas el que determinará con sus valoraciones el contenido de los conceptos normativos en general, y del de buena fe en particular. Así, también lo ha entendido Díez Picazo, al estudiar el pensamiento de Wiaecker; al respecto glosa: "la uniformidad de criterios que se lograría a través del arte judicial... que estaría formado por las convenciones generalmente admitidas o por las posiciones generalmente aceptadas por la clase de los juristas..." (21). Advierte, con agudeza Díez Picazo, el inconveniente que estas posturas generan cuando dice que la dificultad radica en que los criterios admitidos por la clase de los juristas pueden estar "divorciados del conjunto de convicciones o de creencias generalizado en la sociedad" (22).

Nosotros creemos que lo correcto es referir esos conceptos normativos a las valoraciones reinantes en la sociedad considerada como conjunto, sin referencia a estamentos particulares. La referencia a sectores concretos de la comunidad podrá utilizarse en hipótesis especiales, de acuerdo con las circunstancias del caso (23); por ejemplo, cuando se juzgue la relación en concreto entre dos comerciantes, o entre

cantante-empresario, o entre autor-editor, amén de las consideraciones generales sobre buena fe, podrá hacerse referencia a lo que en ese sector particular de la comunidad se entiende como conducta honesta, lealtad o rectitud (24).

Montés hace mención a la conciencia social y al mínimo ético que "la sociedad impone" (25). Hernández Gil también se refiere a la moral social, y a la sociedad en general (26); "la remisión -nos dice- a la buena fe supone siempre la puesta en vigor de vivencias y estimaciones por virtud de las cuales el derecho legislado o codificado se abre a la realidad ético-social subyacente" (27). Trabucchi también se inclina por la referencia al criterio social en sentido amplio, al hablar de "los deberes que según la conciencia general deben ser observados en las relaciones jurídico-sociales" (28).

Reiteramos que a nuestro juicio habrá que remitirse a las estimaciones de la sociedad en su conjunto, pues el Derecho no está dirigido a los juristas, sino a todos los miembros de la comunidad. Porque, además, el Derecho no es un producto cultural exclusivo de las elaboraciones científicas de los juristas, sino una creación cultural en la que en mayor o menor medida intervienen todos los miembros de la comunidad, con su conducta, sus necesidades, sus aspiraciones e ideales, etc. Porque el Derecho, y sus elementos, son la resultante de aplicar o concretar ciertas aspiraciones de carácter axiológico que representan los valores esenciales de la humanidad toda y no de un grupo de técnicos. Justicia, orden, bien común, seguridad, paz, no son patrimonio exclusivo de los juristas, sino metas generales del hombre.

Hemos dado, pues, un paso adelante en la fijación del contenido de este concepto normativo indeterminado, sabemos que debemos referirnos a las valoraciones o estimaciones vigentes en la sociedad;

pero con esto no hemos resuelto el problema concreto; sólo sabemos el camino que tenemos que tomar.

Para dotar de contenido al concepto habrá que recurrir entonces, a elementos meta-jurídicos ¿Qué elementos? Principalmente las estimaciones morales, las consideraciones éticas vigentes en la comunidad, aunque también podrán tenerse en cuenta las circunstancias económicas, culturales, sociales, que tipifican y cualifican la situación total de una sociedad dada. No haría falta mencionar en concreto todos estos elementos, pues sin duda, estarán presentes en las estimaciones o vigencias éticas que concilian las esencias universales, inmutables de este orden normativo, con las necesidades de un tiempo concreto.

2. EL CONTENIDO ETICO.

Siempre resulta tema árduo y polémico el de la vinculación entre la moral y el Derecho. A lo largo de la evolución del pensamiento se han formulado distintas teorías sobre la relación y las diferencias que median entre estos dos órdenes normativos de conducta(29). Nosotros entendemos que lo correcto es hablar de una conexión sin confusión. El Derecho no es únicamente el trasunto jurídico de las normas morales; en él juegan otros factores. La moral, a su vez, no está íntegramente presente en el campo del fenómeno jurídico, hay muchas consideraciones y directivas morales que no tienen manifestación jurídica, que quedan reservadas al ámbito ético.

Tampoco es acertado hablar de un enfrentamiento; hay ocasiones en que las normas jurídicas parecen consagrar soluciones moralmente injustas o incorrectas, pero no es ese el quid del asunto, a nuestro juicio. Ocurre sí que ante la contraposición de intereses diversos,

la norma jurídica debe optar por la protección de uno de ellos y, en esta elección, no intervienen consideraciones exclusivamente éticas, sino que el jurista o el legislador atienden también a los otros valores, como la seguridad o el orden. Tomemos un ejemplo; cuando el legislador consagra hipótesis de adquisición 'a non domino' no incorpora al ordenamiento una norma jurídica "inmoral", sino que opta en función de criterios diversos por el interés del adquirente, en lugar del del propietario anterior. En el sistema argentino de regulación de la ausencia con presunción de fallecimiento se dispone, verbigracia, que "la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, autoriza al otro cónyuge a contraer nuevo matrimonio, quedando disuelto el vínculo matrimonial al contraerse estas segundas nupcias", y agrega: "la reaparición del ausente no causará la nulidad del nuevo matrimonio" (30). ¿Significa esto una inmoralidad? No lo creemos. ¿Lo significaría la solución opuesta? Pensamos que tampoco. Se trata de dos intereses en pugna y como no pueden defenderse ambos con igual intensidad, se opta por uno de ellos.

La conexión entre moral y Derecho ha sido profundamente analizada por autores como Ripert quien, con breves pero seguros trazos, ofrece el amplio panorama de irrupción de la moral en la norma jurídica (31). Afirma con todo acierto que no hay oposición entre moral y Derecho, aunque sí hay diferencias de carácter, porque "el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral" (32).

Siempre en el Derecho hay cauces que permiten la incorporación de criterios o normas morales. El principio general de la buena fe es uno de esos caminos de acceso, de encuentro entre lo ético y lo jurídico. Ha sido siempre así, a pesar de que algunos autores se nieguen a admitirlo, o reconozcan esta vinculación sólo como producto de la influencia del cristianismo -influencia que, sin duda, existió y resultó tras

cendente-. Refiriéndose concretamente al problema de la buena y la mala fe afirma Gómez Acebo, adoptando una postura de distinción y separación extrema, "tampoco puede encuadrarse la buena o mala fe en la ética...Ética y Derecho son soberanos con distintos territorios, con diferentes políticas de gobierno... No puede enjuiciarse en derecho con criterio moral, lo mismo que no puede medirse la longitud con medidas de peso o de volumen" (33). A pesar de lo ingenioso de la frase, que puede ganar rápidos seguidores, encierra una profunda confusión. En primer lugar, no son "soberanos con distintos territorios"; tienen un territorio común: el hombre. En segundo lugar, no son magnitudes tan dispares, pues se trata en ambos casos de valoraciones de conducta; ética y Derecho son sistemas de normas que rigen la conducta del hombre.

Sin embargo, no es cuestión de afirmar, como hemos señalado, una completa identidad; hay diferencias pero no tan tajantes como se las pretende hacer aparecer.

Por su parte, Gorphe sostiene que la vinculación de la buena fe con criterios morales es producto de la influencia del cristianismo (34). No pretendemos negar la influencia decisiva que el advenimiento del cristianismo genera en torno a las instituciones, normas y concepciones jurídicas; la impronta del cristianismo en el Derecho es de todos sobradamente conocida. No alcanza a percibirse con claridad cuál ha sido la idea que el autor ha querido expresar, ya que a renglón seguido de aquella afirmación, reconocer que "la fides que, en derecho romano, significaba sobre todo fidelidad, lealtad y confianza ..." (35). ¿Puede pedirse una vinculación más clara entre buena fe y moral? Creemos sí que decir que la vinculación de la buena fe con la moral deriva del cristianismo es producto de un reduccionismo erróneo. La vinculación buena fe/moral estaba ya presente en el Derecho romano, y en la doctri-

na de filósofos. Baste recordar las palabras las palabras de Cicerón que se refiere a la justicia, como la virtud de mayor extensión "la que tiene por objeto la sociedad... la comunidad de los hombres y de la vida", para agregar luego que "el fundamento de la justicia es la fidelidad, esto es la firmeza y veracidad en las palabras y contratos" (36).

A pesar de opiniones aisladas, puede afirmarse que la mayoría de los autores reconoce que la buena fe es un punto de contacto entre el orden jurídico y el ético. "La buena fe -sostiene Hernández Gil- constituye una vía de comunicación del derecho con la moral social, lo cual subraya su predominante connotación ética, sin que ello suponga un desvío del derecho, sino la canalización del mismo hacia sus metas más puras" (37). Díez Picazo afirma que la buena fe "está penetrada de unos indiscutibles ingredientes éticos que la sitúan en los confines del derecho/de la moral" (38). De los Mozos se enrola también en esta línea (39).

Hay, pues, claramente una remisión a la moral pero esto lejos de solucionar el interrogante sobre el contenido de la buena fe, introduce algunos puntos de conflicto. Veamos cuáles son.

Tradicionalmente se nos ha enseñado que la moral es un campo normativo referido a la conducta del hombre considerada en sí, no en relación a los demás. La bilateralidad es la nota propia del fenómeno jurídico que sirve, junto a otras, para distinguirlo del objeto de la moral. ¿Cómo, entonces, dentro del Derecho referirse a un principio general, con normatividad jurídica propia, que se ocupe del hombre en sí mismo, descartando la vinculación con los demás miembros de la colectividad? Sucede que existe una moral social, una ética de la conducta compartida, de la vida de relación y a esa moral social es a la que remite el criterio de la buena fe.

Hay que tener presente que el hombre es un ser social

por naturaleza y, por tanto, cualquier aproximación a él no puede desligarlo de su realidad de convivencia. "El hombre, como actor de su propia vida, ha de encararse necesariamente con la dimensión social de su existencia. Se halla inmerso en un mundo que, por ser humano, presenta un complejo entramado de conexiones y de interrelaciones mutuas con los otros hombres" (40). La moral no pierde nada de su esencia al referirse al comportamiento del hombre en relación con los demás, sino que, por el contrario, amplía su ámbito de incidencia a toda la actividad humana; "debe buscarse -sostiene, con razón, Radbruch- el círculo de aplicación de la moral en las acciones humanas" (41). Desde Aristóteles reconocemos la esencial vocación social del hombre; la moral como ordenamiento de conducta no puede prescindir de esa nota esencial del sujeto; no puede quedarse en el umbral cuando entramos a considerar la conducta de los hombres en relación, debe impregnar también esta faceta de la vida humana. La moral, pues, no implica negación de la faz social del hombre, y en consecuencia no es incompatible con la regulación jurídica esencialmente de alteridad (42).

Otro de los inconvenientes que surge con la remisión o incorporación del ingrediente ético es el de la posibilidad de remitir a normas morales de validez general abstracta o si por el contrario, la única posibilidad es la de unas normas relativas, variables según los individuos. Se nos ha dicho que las normas morales son válidas y obligan en la medida en que las admitamos personalmente como tales; si ello fuera así, sería imposible que el Derecho, como orden general de conducta, incorporara este elemento normativo, pues significaría consagrar tantas concepciones de buena fe como individuos hay.

Creemos que también en el ámbito moral es posible formular -y de hecho estas normas existen- directivas de validez general.

Se ha sostenido (43) que "las normas de la ley moral valen por sí mismas; su (fuerte) obligatoriedad descansa en el orden de los valores que nos está dado y que debemos aceptar, ... valen aun cuando aquellos a quienes se dirigen con la pretensión de ser cumplidas no las cumplan o reconozcan...". Esta concepción de las normas morales y de su validez está marcadamente influida por consideraciones de tipo axiológico; sin duda, implica desconocer lo que se decía antes respecto a la obligatoriedad moral, para resaltar su vinculación con los valores. En este sentido hay que recordar que los valores valen con independencia de que sean o no estimado (44). Esta tesis se traslada al ámbito de la normatividad ética. Llegados a este punto podemos decir con Engisch que "el problema de la ley moral objetivamente válida es un problema de filosofía moral demasiado delicado como para poder solucionarlo aquí de paso" (45).

Sea cual fuera la solución a este asunto, lo cierto es que hay ciertas convenciones, convicciones y creencias vigentes en la comunidad, convenciones de carácter ético que pueden -y deben- ser tomadas en cuenta por el Derecho para incorporar matices éticos a la normativa jurídica; "en ciertos problemas existe una tradición moral tan firme y segura que el derecho puede utilizarla como fundamento en el sentido de una ley ética objetiva" (46).

Admitida la posibilidad de que se reconozcan ciertas normas morales firmes, tradicionales, aceptadas o vigentes en una comunidad, habrá que preguntarse por la universalidad de estas normas. ¿Es la moralidad algo atemporal, independiente de las circunstancias concretas? Pensamos que nada relativo al ser humano puede prescindir de su circunstancia -ya lo decía Ortega, "yo soy yo y mi circunstancia"-; la universalidad de la vigencia de ciertas virtudes o valores morales fundamentales no trae aparejado su anquilosamiento en fórmulas ahistóricas.

Tampoco puede caerse en el extremo opuesto de la mera moral de situación. Al igual que el Derecho, la moral no puede ni debe permanecer al margen de la evolución.

La historicidad es consustancial al hombre. "Inscrito en el tiempo, el ser del hombre lleva en sí mismo la dimensión del hacer se; hacerse que siempre toma cuerpo en un 'ahora' y en un 'aquí' determinados" (47). Las circunstancias históricas determinan una particular configuración del ambiente en que el hombre se desarrolla; contribuyen a dar esa fisonomía factores económicos, sociales, políticos religiosos, etc. Ahora bien, el reconocimiento de la historicidad no implica la relativización absoluta y el negar la existencia de valores universales, sólo que esa aspiración de validez universal para ser eficaz requiere un reconocimiento de la conexión con la evolución y el cambio, requiere -en fin- el equilibrio entre lo permanente y lo mudable. Refiriéndose al Derecho Natural, ha sostenido Brufau Prats que "el valor universal de los preceptos del derecho natural está vinculado a su adaptación necesaria al carácter histórico del hombre y a la inserción de éste en un contexto socio-cultural dotado de dinamismo incesante" (48).

Con relación a los valores jurídicos hemos dicho (49) que si bien su esencia no sufre variaciones con el tiempo ni en el espacio, sí es forzoso reconocer que el contenido concreto atribuido a cada valor y su relación jerárquica con los demás varía según las circunstancias concretas de cada comunidad. Así, definida la justicia como "el dar a cada uno lo suyo", veremos que si bien esta noción de justicia es universal, el contenido concreto o lo que hayamos de entender por "lo suyo" varía según las épocas y los lugares. Algo similar sucede con los valores éticos que encarnan la esencia misma de la moralidad.

"Comportan las normas morales, por sí mismas, criterios

que permitan la simple subsunción de los supuestos de hecho? Estimamos que no. El intérprete frente a una norma que remita al principio general de la buena fe deberá, a fin de dotarlo de contenido, buscar la guía de los criterios de la moral social, pero no encontrará en ellos un molde acabado sobre el que volcar las conductas concretas a fin de evaluarlas; por el contrario deberá elaborar, matizándolo este contenido moral; procederá a dotarlo de una formulación jurídica coherente, revistiéndolo normativamente. "La ética social puede perfectamente establecer máximas *hic et nunc*, esto es, líneas directrices de la conducta social, pero no esquemas normativos de validez general bajo los cuales pueda subsumirse un determinado supuesto de hecho mediante juicios analíticos" (50). Estas remisiones a la moral social, a través de los conceptos indeterminados normativos significan un reto para el intérprete que debe realizar una ardua tarea de conocimiento y comprobación, para poder llevar a cabo su labor de interpretación.

Siempre la interpretación es una tarea "comprensiva" pues consiste en develar el sentido de un objeto cultural, de un objeto portador de valores. La interpretación no es una mera actividad automática, el resultado de la aplicación de las reglas del silogismo; es una tarea estimativa, compleja y que aún siendo esencialmente descriptiva, afecta a la normatividad misma, pues lo descripto es una realidad valiosa (o disvaliosa) (51). Si esto ocurre siempre frente a cualquier norma, con mayor razón sucederá frente a normas jurídicas que remiten a principios generales, que introducen en su significación imperativa la referencia a conceptos indeterminados normativos. Frente a estas normas la labor del intérprete es mucho más ardua pues al proceso de comprensión ha de preceder uno de determinación de la norma, y no sólo determinación en el sentido de identificación; sino de determinación del contenido.

Hemos dado otro paso, pero aún no hemos llegado a nuestra meta. Estamos frente a un concepto jurídico indeterminado normativo, cuyo contenido se completa mediante una valoración no personal sino referida a la conciencia general de la sociedad, sobre los valores ético-sociales. Pero la moralidad es un campo mucho más amplio que aquél al que la buena fe remite, por lo tanto trataremos ahora, dentro del marco que hemos trazado, de determinar qué aspectos específicos de la moral social son aquellos a los que se hace referencia con la remisión del principio de buena fe.

Es aquí donde los autores proponen un marco más variado de posibilidades. Lealtad, honestidad, honradez, fidelidad, cumplimiento de la palabra empeñada, veracidad, diligencia, y así sucesivamente. Entendemos que debe distinguirse un concepto general de buena fe, aplicable a cualquier situación y uno un poco más específico -derivado de aquél- que será aplicable a las relaciones que median entre las partes vinculadas por una relación jurídica concreta.

Normas generales como la contenida en el art. 7.1 del Código civil español traen a colación el principio general de la buena fe en sentido genérico, sin matizaciones, en su forma más pura. La moral social ingresa aquí en toda su amplitud, no es sólo fidelidad, o lealtad, sino comportamiento correcto honradez, honestidad. Al tratarse de normas referidas a las relaciones jurídicas en abstracto, a todas ellas, al cumplimiento de los deberes, al ejercicio de los derechos, la protección del alter ego, queda cubierta con estas indicaciones. Por el contrario, cuando esta misma norma ha de aplicarse a relaciones concretas, entre dos personas mutuamente obligadas, el contenido moral pone el acento en la alteridad. ¿A qué nos referimos?

En las relaciones jurídicas obligacionales, por ejem-

plo, el contenido concreto de la buena fe no es sólo honestidad, sino que se especifica más, se acerca a fidelidad, lealtad, cumplimiento de la palabra empeñada (52).

Esta exigencia de fidelidad, y lealtad, es decir de buena fe "inter partes" -si cabe la expresión- existe aunque la relación misma no sea compatible con el sentido general de moral social. Por ejemplo, en la relación "jurídica" que media entre el zangster y su guardaespaldas, la buena fe consiste en que el guardaespaldas sea fiel o leal al patrón, aunque esto vaya contra la moralidad general. Es cierto que el ejemplo, en principio claro para explicar el caso de distinción entre la moral social general y la moral social "contractual, no es del todo feliz en términos abstractos; ya que hay mucho de dudoso en la calificación de "contractual" o "jurídica" de la relación que media entre ambos sujetos. De todas formas, es cierto que se advierte una distinción o especificación en el contenido del concepto indeterminado normativo de buena fe; a medida que las normas jurídicas remiten a los corolarios del principio general con más especialidad, también se va puliendo o afinando el contenido moral atribuible, al son de la institución jurídica a la que se toma como punto de mira. Aparecen en materia de relaciones contractuales, contenidos morales donde la bilateralidad y la alteridad, en fin la referencia concreta y precisa al alter ego, se hace más patente.

Sin embargo, lo que parece ser un ejemplo de laboratorio no es tal y surge en casos como el siguiente (53): Juan es empleado de una empresa constructora que edifica un complejo habitacional. Conociendo Juan que los materiales utilizados en la construcción no son los que se habían comprometido comunica el hecho a los dueños de la obra. El empresario despide a Juan, que reclama por despido injusto. La buena fe en su sentido más genérico y en el específico tono contractual se enfren

tan aquí. Es cierto que en pro del deber de honestidad general la conducta de Juan no es reprochable, pero esta buena fe "ciudadana" -por llamarla de alguna forma- no lo puede llevar a actuar de mala fe respecto al empresario a quien lo une una relación contractual que debe ser ejecutada de buena fe; la buena fe "contractual" frente al deber de no concurrencia y de secreto empresarial imponía a Juan el deber de no denunciar a los dueños de la obra los posibles defectos de material. Es nuestra opinión, a la que se objetará seguramente diciendo que "la conciencia de Juan lo obligó a informar. La "conciencia" de Juan debió llevarlo primero a plantear el reclamo ante el empresario. Supongamos que el empresario desoye la protesta -lo cual no sería nada extraño-, si la conciencia de Juan es tan estricta como puede pretenderse, éste debe abandonar la empresa. Ahoba bien, no puede el Derecho exigir conductas heroicas como sería la renuncia en un momento de crítica situación por escasez de fuentes de trabajo. ¿Qué otra solución tenía Juan? Debó recurrir a las autoridades pertinentes; pero no comunicar directamente a los dueños de la obra las deficiencias de la misma. Por supuesto, -el Derecho es una ciencia de matices, como afirma Díez Picazo- deberán valorarse siempre las circunstancias del caso, la gravedad de los defectos, el daño causado o probable, la actitud del empresario, etc.

Otro ejemplo en el que aparecen diferenciados estos dos matices de la remisión a la moral social contenida en la buena fe, es el reiteradamente fallado por los tribunales alemanes que impide -por contrario a la buena fe- el reclamo de un derecho después de transcurrido un largo plazo que hiciera suponer al deudor que no se le reclamaría. No va contra la buena fe, amplísimamente considerada, tal actitud, pero sí contradice la buena fe contractual referida al comportamiento recíproco entre las dos partes unidas por una específica relación obli-

gatoria (54).

Esta diferenciación de comprensión expresiva ya estaba presente en el antiguo Derecho romano. Paolo Frezza al tratar de los orígenes de la buena fe en el campo jurídico, remonta sus estudios hasta las XII Tablas, donde encuentra sino mención directa de la "fides", sí del disvalor polar correspondiente, el "fraus". Advierte en la "fides" dos significados; el primero, "el fundamento de la autolimitación que el sujeto de un poder se pone a sí mismo" (55); el segundo -puesto de manifiesto en las relaciones intersubjetivas- corresponde al "respeto de las obligaciones libremente contraídas" (56), el famoso 'pacta sunt servanda'. En las dos hipótesis "la fides demanda... que la conducta corresponda a la palabra (fit quod dicitur), y sobre todo a la intención negocial expresada mediante la palabra" (57). Este es el sentido en que Cicerón se refiere a la buena fe, es decir con el significado de cumplimiento de la palabra empeñada, como deber de veracidad, en fin, como fidelidad y lealtad (58).

Pero no se agota el contenido de la fides en el cumplimiento de la palabra como sinónimo de pacto escrito. La fides, y con más precisión la "bona fides" se manifiesta en aquellos negocios del ius gentium, en aquellos contratos consensuales, carentes de la fórmulas estrictas que antiguamente exigía el Derecho romano para otorgar protección jurisdiccional a las relaciones. La fides es entonces el comportarse de acuerdo a lo prometido; otra vez la noción de la fidelidad, del cumplimiento de la palabra. Es ésta una "fides no formal" que impone una regla que podría expresarse así: "uniforma tu comportamiento a aquel modelo de acción en que tú y tu contraparte han consentido". Es a la fides "no formal" que se agrega el calificativo de "bona"; al decir de Frezza "es una fides que constriñe al que ha prometido a cumplir no según la letra,

sino según el espíritu..." (59).

Las referencias a la honestidad, la fidelidad, la corrección son acertadas pero tienen un tinte genérico que hay que precisar. ¿Toda la moralidad social sin distinción queda comprendida en el principio general de buena fe? Entendemos que no; la moral es un ámbito mucho más amplio que el de la buena fe. Hay valores morales, hay virtudes, que quedan fuera de la remisión contenida en nuestro principio general; tal lo que sucede, por ejemplo, con la caridad; actuar según las reglas de la buena fe no significa ser caritativo. La función que desempeña la buena fe como puente o ligamente entre la moralidad y la juridicidad determina en cierta medida cuáles de aquellos valores éticos hayan de tomarse en cuenta.

En este sentido pensamos que la remisión tendrá como objetivo aquellos valores morales que más estrecha vinculación tengan con la convivencia. Hemos dicho que la buena fe significa la incorporación de criterios de moral social, con lo que resaltamos la alteridad, la intersubjetividad. Si el Derecho es esencialmente conducta en interferencia intersubjetiva, los valores morales a incorporar serán aquellos que guíen la conducta del hombre en sus relaciones directas con los demás.

Alteridad, intersubjetividad, relación directa con los demás, sin embargo, no son suficientes para circunscribir el ámbito de remisión ética del principio de buena fe. La caridad no viene impuesta por el principio aludido pero ¿acaso, no es la caridad una virtud de alteridad? La respuesta afirmativa se impone. No basta, pues, la remisión a la ética, ni a la moral social, ni a aquellas virtudes de alteridad, hay que concretar más el campo.

Las virtudes morales que ingresan al ámbito jurídico

por vía del principio de buena fe son aquellas que Aristóteles denominaba relativas, pues sólo pueden ser realizadas en otro; dice el estagirita que no se puede ser justo con uno mismo, sino con respecto a otro (60). No todas estas virtudes relativas quedan, no obstante, incorporadas. El catalizador que nos permitirá hacer la criba que es menester, proviene -a nuestro juicio- del sector de la axiología jurídica y atiende a un criterio teleológico. La llamada a la ética tiene una orientación y es el logro de aquellos fines de armónica y ordenada convivencia.

Resumiendo, la puerta que se abre por medio del principio de buena fe permite -y, aun más, reclama- el aliento vivificador de las virtudes morales relativas cuyo ejercicio sea necesario para el logro de una convivencia armónica y ordenada.

En consecuencia, de las virtudes cardinales, de las cuales derivarán las demás, hay algunas que especialmente nos interesan. La primera, la justicia, por ser de todas la más relativa (así la llama Aristóteles (61)) ya que tiene siempre como referencia a otro; es una virtud que exige para su realización la alteridad. También entendemos comprendida en la remisión a la prudencia y a la templanza. La referencia casi mecánica de los autores a la honestidad es demasiado amplia aunque en modo alguno incorrecta; ya desde antiguo se identifica lo honesto con lo virtuoso, y a la honestidad se llega por alguno de los cuatro caminos que representan las virtudes cardinales y sus derivadas (62).

3. LOS VALORES JURIDICOS EN LA DETERMINACION DEL CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

La vinculación de la buena fe a los valores jurídicos

viene impuesta en una doble dirección; en primer lugar, los valores jurídicos actúan en el proceso de determinación estimativa del contenido de este concepto normativo; en segundo lugar, los valores jurídicos desempeñan un importante papel cuando se trata de la aplicación de los principios generales, no ya desde el punto de vista del contenido mismo del principio, sino considerados como pautas axiológicas que deben guiar la dinámica jurídica.

En el capítulo I, vimos cómo muchos autores entienden con acierto que hay una estrecha vinculación entre los principios generales y los valores jurídicos, de modo tal que aquéllos representan la presencia más directa de las esencias axiológicas en el mundo normativo. Siguiendo este pensamiento general, el lógico concluir que también la buena fe -y quizás este principio con mayor nitidez- encarna unos valores; valores no ya meramente éticos, sino específicamente jurídicos.

Hernández Gil, recogiendo su idea sobre el revestimiento técnico que muchas veces, cubre, ocultándolos, a los valores jurídicos sostiene: "con la buena fe...el valor apenas tiene revestimiento normativo, no lo necesita. Ella misma, de un modo mínimo y básico, lo encarna" (63). Queda claro que para este autor la buena fe encarna un valor, pero cabe algún interrogante: ¿encarna todos los valores del plexo axiológico-jurídico o sólo alguno de ellos? Más adelante nos detendremos en el punto.

Wiaecker, por su parte, circunscribe la referencia a los valores, al que ocupa el rango supremo: la justicia. En este sentido sostiene que "si se cayera en la equivocación de entender que, en este punto, lo que se manifiesta, en lugar de la justicia, es otro tipo de valor que tendría que ser metajurídico, como la caritas, el bienestar social, el bien común o la utilidad social, se estaría incidiendo en una arbi-

traria justicia del cadí" (64). La referencia a la justicia es clara y contundente, viene impuesta en la concepción del autor, no sólo por el reconocimiento de la esencia axiológica de la buena fe, sino sobre todo por su afán de reconducir este principio a una ética jurídica, eludiendo la referencia a criterios éticos generales (65).

Nosotros entendemos que los valores jurídicos encuentran en la buena fe uno de los caminos de acceso a la normatividad jurídica, pero no todos los valores, sin discriminación, sino algunos de ellos especialmente. Pro sí misma la referencia a la justicia implica siempre la introducción de los demás valores, pues la justicia no es más que la realización armónica y equilibrada de los demás valores del plexo (66); sin embargo, en materia de buena fe cabe precisar aún más la remisión.

En punto a la determinación del contenido de la buena fe el principal papel que corresponde a los valores jurídicos aparece en la limitación axiológico-finalista del conjunto de elementos ético-sociales a integrar en la remisión, como acabamos de ver. En esta función hay algunos de los valores del plexo estimativo jurídico que sobresalen; nos referimos a la solidaridad y la cooperación.

Lo dicho impone una breve digresión aclaratoria. Partimos para la consideración del plexo ius-axiológico del esquema radial de Cossio. El autor de la Teoría Ecológica del Derecho afirma que la estructura del plexo estimativo no es piramidal, ni lineal, sino radiada. El punto central del sistema es la justicia a la realización de la cual conducen los tres radios compuestos, cada uno, por un valor fundante y uno fundado (67). Todos los valores jurídicos responden a la realidad de la coexistencia; son valores "bilaterales de conducta" (68); esta coexistencia se manifiesta en tres direcciones: 1-"la coexistencia en cuanto circunstancia", que sirve de eje a los valores de orden y seguridad;

2- "la coexistencia personalizada", con los valores poder y paz, (69), y finalmente, 3- "la coexistencia en cuanto sociedad" o "coexistencia socializada", eje de los valores cooperación y solidaridad (70).

Es ésta referencia a la convivencia entendida como destino común, como auténtica sociedad aquello que mira la buena fe; la coexistencia es aquí mutualidad, reciprocidad, integración y se opone al aislamiento; mientras en el aislamiento sigue habiendo eticidad, ya no puede haber buena fe que impone esa presencia social integradora. Por eso entendemos que los valores solidaridad y cooperación -fundante y fundamento, respectivamente- son la pauta orientadora de la selección de virtudes morales que ingresan al ordenamiento.

Desde luego que el resto de los valores del plexo no resulta indiferente ni contrario a la buena fe, ya que el sistema de valores es armónico, un todo orgánico integrado. La referencia a la justicia es acertada pero no suficientemente específica.

En resumen, decíamos antes que no toda la moralidad queda integrada en el concepto de buena fe. Pues bien, la intervención de los valores jurídicos en el proceso de determinación del contenido del concepto sirve como elemento para seleccionar cuáles de los valores éticos quedarán incorporados. Hacíamos referencia a la moral social, para destacar que sólo aquellas virtudes éticas "relativas", en el sentido aristotélico del término, tenían cabida. Ello significa que son los valores que necesitan para su realización un término de referencia extraño al propio agente. Sin embargo, hay virtudes éticas que no quedan comprendidas, tal por ejemplo, lo que ocurre con la caridad. ¿La exclusión obedece a algún motivo o es arbitraria? Es el resultado de la consideración teleológica fundamental en todo fenómeno de cultura. Se ha dicho con acierto que uno de los elementos más seguros para marcar la diferen-

cia entre moral y Derecho radica en los diversos fines perseguidos (71). Pues bien, esta consideración no podía ser ajena en el camino para dotar a este principio general del Derecho de un contenido. Los fines de la moral se resumen en la superación personal del individuo, su plenitud; los del orden normativo jurídico son el armónico desarrollo de la vida social que facilite la obtención de aquella perfección. Los del Derecho son fines esencialmente sociales. La nota finalista que acabamos de destacar está presente en todos los valores jurídicos, pero con mayor fuerza y evidencia en los del eje de la "coexistencia socializada". Por tanto, estos valores jurídicos serán los que influirán en el contenido de la buena fe. El principio general significa la introducción en el ordenamiento jurídico de las valoraciones ético-sociales de una comunidad dada, pero no toda la moralidad queda incluida sino aquellas virtudes de alteridad que converjan a la obtención de la realización de los valores jurídicos solidaridad y cooperación.

4. LA EQUIDAD Y EL CONTENIDO DE LA BUENA FE

Algo similar a lo que advertimos respecto a los valores sucede con la equidad. La equidad juega respecto a la buena fe en dos momentos: el de la determinación del contenido y el de la dinámica de la normatividad jurídica.

En lo que concierne a la determinación del contenido, no hay unanimidad en la doctrina. Mientras Gorphe entiende que "es sobre las bases de la equidad natural que nuestro principio se desarrolla" (72), Wiaecker se muestra reacio a "considerar a la cláusula general (de la buena fe) como un simple 'derecho equitativo', -ya que esto- significaría, en última instancia, renunciar a precisarla desde el punto de

vista de la teoría jurídica" (73).

Si entendemos a la equidad como adecuación y moderación de las normas a las particulares circunstancias del caso concreto (74), diremos que esta particularización de la normativa tiene un parte en la determinación del contenido del principio, que habrá de valorar dichas circunstancias. Sin embargo, creemos que la equidad -así entendida- entra en relación con la buena fe más que en el momento de la fijación del contenido, en el momento dinámico de la puesta en marcha del principio y sus consecuencias. Si, desde otra perspectiva, consideramos a la equidad como una forma más del valor justicia; sin duda, como valor jurídico sustancial habrá de influir en la determinación del contenido de la buena fe.

Con magistral claridad, Castán resume en una, las múltiples y variadas consideraciones formuladas en torno a la equidad, afirmando que "equidad es el criterio de justicia, individualizado y adecuado a las particularidades de cada caso concreto, pero adaptado también a los ideales jurídicos de una sociedad, y sobre todo, a los principios supremos del Derecho" (75).

Como veremos más adelante el contenido de la buena fe que habremos de obtener no es universal y abstracto en su formulación pero su historicidad no está en relación sólo con las particulares circunstancias de un caso concreto, sino principalmente con las condiciones todas que determinan características de la vida en una comunidad dada, en un tiempo y lugar concretos. Esto significa que la equidad jugará su función propia respecto a la norma surgida o encarnada por el principio de buena fe. Lo concreto es que la equidad es un mecanismo de adecuación y relajamiento del Derecho legal que supondrá una base más para fundar la actuación del principio de buena fe. Su relación, enton-

ces es más marcada en la faz de aplicación del principio que en la de determinación de su contenido.

5. LA BUENA FE, LOS USOS Y LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO.

Hay autores que señalan a los usos del tráfico como la instancia a la que hay que remitirse para dotar de contenido a la buena fe. Así lo sostiene refiriéndose al art. 157 y 242 del B.G.B., Enneccerus: "para determinar qué es lo que exige la buena fe se habrán de tener también en cuenta los usos del tráfico"⁽⁷⁶⁾. La postura de los autores alemanes en este punto viene determinada (como por lo general ocurre en casi todos los temas y con respecto a todos los sistemas) por las características propias del ordenamiento legal concreto. Mientras en códigos como el francés o el español, los usos son un elemento integrador o interpretativo del contrato junto a la buena fe, según la redacción de los párrafos antes citados del B.G.B. los usos no son una directiva complementaria, sino el camino para la búsqueda de la buena fe como criterio normativo; así lo advierte Gorphe (77).

Siempre dentro de esta línea, afirma Von Thur que la buena fe en los 'contractus bonae fidei' del Derecho romano (78) es "el parecer unánime de las personas razonables y honradas que se revela en los usos sociales y señala los derechos que, bajo determinadas circunstancias, corresponden al acreedor en una relación contractual" (79). Aquí, más que la vía de fijación del contenido de la buena fe, podría decirse que los usos son una de las fórmulas, a través de las cuales la buena fe se pone de manifiesto.

Dentro del Derecho español, se distingue con claridad a los usos del tráfico, como una fórmula normativa distinta de la consti-

tuida por la buena fe (80).

Siempre con influencia de la particular configuración del Derecho positivo, Trabucchi sostiene para el Derecho italiano que los usos del tráfico serían una forma de atenuación de las normas surgidas del principio de buena fe; los usos infundirían cierta flexibilidad al criterio de la buena fe (81). Esta consideración hace más a la dinámica del principio que a la determinación misma de su contenido.

Los usos del tráfico son criterios o directivas de conducta resultante de la repetición de ciertos actos por parte de un núcleo de la comunidad. Díez Picazo sostiene que se denomina "usos de los negocios o usos del tráfico a un modelo de comportamiento que es usual o acostumbrado en el tráfico o en el comercio jurídico" (82). Dos elementos destacan aquí: uno es la especialidad de los usos, y el otro es su raíz profundamente práctica. Los usos corresponden a sectores de actividad, por lo cual su aplicación no es general (83). Los usos no responden siempre al cumplimiento o realización de valores éticos, sino más bien a valores de utilidad.

De las características mencionadas deriva el valor que nosotros atribuimos a los usos con relación al contenido del principio de buena fe. En la determinación de ese contenido su participación ha de ser necesariamente reducida. Cuando el intérprete deba buscar las normas de la buena fe, deberá tener en cuenta las particulares circunstancias del caso, pero sólo en la medida en que ellas sean reflejo de situaciones tipo. El actuar conforme a la práctica generalizada puede que constituya uno de los ingredientes que conforman la buena fe, pero no será ni mucho menos el principal. Los usos intervendrán en la determinación de lo que la buena fe exige sólo cuando las partes formen parte del grupo o sector de la comunidad que ha creado y al cual se aplican esos usos.

Por otro lado, hemos dicho que la buena fe contiene referencias a la ética social y a los valores jurídicos y los usos del tráfico no son manifestación directa de estas valoraciones; su vinculación con los valores jurídicos se da más en el momento dinámico de aplicación -pues su cumplimiento tiende a proteger el valor seguridad- que en el de la fijación de los contenidos valiosos, como pautas de comportamiento.

Entendemos que la aparición de los usos del tráfico en el proceso interpretativo que determinará, por medio de valoraciones, el contenido del concepto indeterminado normativo de buena fe, se produce en una segunda etapa del iter de actuación del Derecho. El intérprete logrará -por la vía que hemos venido describiendo hasta aquí- determinar cuál es el contenido del principio, tendrá así plenamente configurada la norma, habrá logrado una formulación técnica más específica. En este momento le corresponde mirar a las particulares circunstancias del caso concreto (antes las habrá considerado para saber qué es lo que la comunidad en general entiende como ético en esas circunstancias) y si se trata de personas que actúan en el sector donde están vigentes los usos del tráfico, los tomará en cuenta para modificar o adecuar el contenido normativo general del principio de buena fe.

Hemos dicho que el juez debe buscar el contenido de la buena fe, de acuerdo a las valoraciones ético-sociales vigentes pero para saber cuáles sean las valoraciones habrá tenido que mirar primero cuáles son las circunstancias del caso, para saber, en una segunda fase, cuáles serían las normas éticas a aplicar por la comunidad. Queda claro que las circunstancias del caso no ingresan en la determinación del contenido, pero sí sirven para orientar la búsqueda de dicho contenido, que estará constituido por las vigencias o valoraciones éticas de la comunidad en general para los casos genéricos.

Por ejemplo, según la buena fe, los contratos deben cumplirse como se entendió que se contraían y no sólo como se expresó formalmente, o en forma literal. Esta fórmula es la consecuencia de aplicar las valoraciones éticas. ¿En qué han influido las circunstancias del caso concreto? Sólo en decir que éste es un caso de cumplimiento de contrato. Ahora bien, hallada que sea la norma, las circunstancias especiales del caso planteado aparecerán en la segunda fase de actuación del Derecho. Ya no se tratará de determinar el contenido de la buena fe, sino de llevar esa norma a una hipótesis concreta. Entonces el intérprete leerá el contrato, analizará la conducta de las partes y llegará a la conclusión de que es lo que de buena fe puede pensarse que se contrató.

El proceso que hemos venido describiendo, es decir el de fijación del contenido de la buena fe es un proceso previo a la aplicación de la norma. La buena fe en sí misma, es un criterio normativo, pero ya dijimos que su formulación técnica es indeterminada, por eso para lograr normas un poco más concretas el intérprete debe realizar esta labor de valoración. Una vez cumplida esta ardua tarea de fijación de contenido, la norma de la buena fe actúa como cualquier otra norma, en el proceso de actualización del Derecho.

Lo que hemos descripto entre^a dentro del proceso de interpretación, esto es dentro del iter comprensivo del mandato normativo, sólo que en el caso de remisión a conceptos indeterminados normativos, la tarea comprensiva requiere ir combinada con una de formulación o "creación" de la norma, en el sentido de su determinación.

Todo este proceso de determinación de contenido no es

consciente -por lo menos en la mayoría de los casos-. El intérprete quizás no se percata de que está dotando de contenido a un criterio indeterminado; que lo está haciendo mediante valoraciones; que éstas van referidas a los valores ético vigentes; que de la moralidad sólo toma en cuenta una faceta; que la zona ética que ingresa está seleccionada en función de unos valores jurídicos, etc. Lo más frecuente es que el intérprete "intuya" lo que la buena fe exige, por que "cualquiera sabe qué es la buena fe", o mejor dicho "todos saben lo que significa comportarse de acuerdo a la buena fe".

Lo que hemos tratado de hacer es descifrar cuál es el camino que seguimos, a qué elementos recurrimos para conformar esa idea que todos tenemos de "buena fe". Los mecanismos estimativos de la mente humana, su funcionamiento y sus condiciones previas, no serán objeto de estudio aquí, pero creemos que aquéllo que "de un golpe" descubrimos como buena fe, aquéllo que todos sabemos sobre lo que la buena fe significa, tiene en esencia todos estos elementos que hemos mencionado.

6. UNIVERSALIDAD E HISTORICIDAD DEL CONTENIDO DE LA BUENA FE

La universalidad e historicidad del contenido del principio general de la buena fe será la consecuencia de las características de los elementos tomados en cuenta en la determinación del mismo. Entran aquí en consideración cuestiones que han sido profusamente estudiadas y discutidas por filósofos y pensadores. ¿Tienen las normas morales validez universal? ¿Los valores jurídicos son estimados en la misma forma en distintos tiempos y lugares? Otra vez, la buena fe nos enfrenta con los problemas trascendentales, no sólo del fenómeno jurídico, sino de la vida misma de los seres humanos en relación con sus semejantes; ello es así pues la

buena fe imprime su sello, marca e impregna todos y cada uno de los actos humanos.

Universalidad e historicidad son dos constantes en todo elemento cultural. La universalidad, una aspiración constante; la historicidad una realidad permanente. No resultan, sin embargo, incompatibles (84).

En punto relativo a los valores jurídicos hemos tenido oportunidad de afirmar que la historicidad ~~se~~ manifiesta en lo que hace a la ordenación jerárquica de los mismos. El rango relativo de los valores que integran el plexo axiológico no depende de su esencia, sino de las circunstancias históricas que cualifican la realidad de una comunidad concreta (85). Pero no se agota allí la influencia del cambio en los valores; la historicidad está presente también en el contenido concreto de las fórmulas. Así, si dar a cada uno lo suyo es la Justicia universalmente entendida (86), "lo suyo" que a cada uno corresponde ha variado y variará con relación a las particulares circunstancias históricas de cada comunidad (87).

Con las normas morales ocurre algo similar, aunque quizás sus pretensiones de universalidad sean más marcadas. Nadie puede desconocer ya que la moral no es un esquema cristalizado de normas, sino un esquema variable, en el que penetran-modificándolo- las concepciones vigentes, las ideas ambiente, las condiciones de vida. Tomemos un ejemplo claro de la variación: la conducta de los hijos respecto a sus padres; sin juzgar aquí sobre la conveniencia del cambio nadie puede negar que se ha verificado una modificación entre las normas morales que regían esa conducta hace un siglo y las vigentes hoy. Pero veamos, ¿son las normas o las virtudes morales en sí las que se han modificado, o es su contenido concreto? Pensamos que lo segundo. El contenido del "respetarás a tus padres" no es el mismo hoy que hace doscientos años, pero la norma moral

que impone respeto es la misma.

Tanto en el caso de los valores jurídicos, como en el de las virtudes morales o valores éticos encontramos una similitud en este punto (quizás sea una cualidad compartida por todos los valores, sea cual sea su clase: valores éticos, lógicos, estéticos, útiles, etc.). Mientras puede predicarse una validez intemporal y ahistórica de sus postulados, la relatividad temporo-espacial influye en la determinación de su contenido. Los postulados son universalmente válidos pero su realización está condicionada. En este sentido se pronuncia Sánchez de la Torre respecto a los principios generales del Derecho, al afirmar que "los principios generales básicos y supremos son en su conjunto iguales en todo tiempo, dada su estrecha correlación con los primeros principios de la construcción lógica y de la investigación ética. Pero su rango concreto en momento y lugar determinados cambia efectivamente en función del orden social correspondiente al espíritu colectivo nacional y a los signos de los tiempos históricos" (88).

Wiaecker pone de manifiesto la antinomia que existe "entre los postulados intemporales de la justicia y los condicionamientos históricos de su realización" (89). Y Esser reconoce que "es perfectamente posible que una ontología del derecho o una filosofía material de los valores consiga establecer una jerarquía de 'supremos valores jurídicos', de los que el filósofo puede decir que 'son verdaderos en todos los tiempos y lugares', pero nadie negará por ello la mutabilidad histórica, en su vigencia como derecho de los principios positivamente reconocidos" (90).

La buena fe, cuyo contenido está formado o conformado por valoraciones ético-sociales no puede escapar a las características que informan aquellos elementos utilizados para determinar su contenido. La universalidad de la buena fe como principio general del Derecho se

manifiesta en dos sentidos. Primero, en cuanto a su validez como principio general, validez que será universal, sin condicionamientos históricos; el principio de buena fe está presente -con independencia de su recepción positiva- en todo ordenamiento jurídico, pues la buena fe constituye el eje central de la idea misma de Derecho. Pero la universalidad de la buena fe no se agota en lo dicho; las formulaciones concretas de su contenido, también son de validez universal; lo son la obligación de veracidad, la de lealtad, la de honestidad, la del cumplimiento de la palabra dada. ¿Dónde aparece la historicidad? Por un lado en el contenido de conducta concreto que será menester para satisfacer estas obligaciones y por otro en las limitaciones y variaciones que los condicionamientos históricos impongan respecto a la aplicación y funcionamiento de las mismas.

Así como en materia de valores su rango varía según las circunstancias de la comunidad, de la misma manera variará el rango relativo del principio de buena fe. Esto se manifestará por la mayor o menor amplitud con que pueda jugar la exigencia de buena fe, por los límites que se impongan a aquellas fórmulas que hemos considerado de validez universal. Tomemos un ejemplo: el 'pacta sunt servanda' que, sin duda, integra lo que debe entenderse por comportamiento de buena fe, ha variado en su contenido concreto según los tiempos; en un primer momento se refirió al cumplimiento estricto de lo escrito en el pacto, luego se entendió con más amplitud que se refería a lo que las partes habían querido decir, al espíritu del negocio y no a su mera expresión literal (91). Pero, además, la historicidad que afecta al plano de la realización del principio se pone también de manifiesto en las limitaciones que, según las épocas, se introducen. De modo tal que, respondiendo a otras exigencias de la buena fe -de rango superior en determinados momentos-

se impone la cláusula 'rebus sic stantibus'.

No se agota aquí la historicidad de nuestro principio; otra : de sus manifestaciones queda clara cuando analizamos su potencialidad jurígena. Permaneciendo siempre el mismo, y pleno en su validez y posibilidad de desarrollo, del principio pueden derivarse diversas normas, distintos deberes. Las derivaciones o corolarios del principio que el interprete descubre están influidos marcadamente por las circunstancias históricas que dibujan el perfil característico de una comunidad dada. Esto puede verse claramente en materia de "condiciones generales de la contratación". La contratación masiva constituye un fenómeno jurídico nuevo, propio de la organización económica de nuestra sociedad; frente a ella y para solucionar las injusticias que genera la aplicación de normas previstas para otro tipo de contratación, ha de recurrirse a la buena fe. La buena fe, la lealtad en la celebración del contrato es una obligación siempre presente, pero al deber de veracidad y de corrección habrá de sumarse ahora un deber de respeto de la libertad de las personas, de no abusar de la situación de preeminencia económica que conduciría al monopolio en la imposición del contenido pacticio.

Esta potencialidad jurígena que permite responder por medio del desarrollo del principio a las nuevas circunstancias y a los cambios producidos en la realidad hacen del principio de buena fe, uno de los conceptos de relajamiento del estricto legalismo más apreciados y útiles para el jurista práctico en la solución de los casos concretos, y para el jurista teórico y el legislador en la creación de normas generales, que permitan la adecuación de la normativa jurídica a la realidad (92).

7. LA OPINION DE LOS AUTORES

Luego de este recorrido veamos qué contenido le han atribuído los autores a la buena fe.

Gorphe pone el acento en la noción de lealtad, para desprender de ella la confianza que genera y resguarda; en este sentido afirma: "la buena fe, entendida especialmente como voluntad leal ... es el alma de las relaciones jurídicas...el derecho es menos exigente que la moral...él no requiere en las relaciones, la más pura lealtad...se contenta con la normalmente indispensable para mantener un cierto nivel de honestidad y de confianza que es la base de las buenas relaciones jurídicas" (93); refiriéndose más adelante -y a lo largo de toda la obra- a la voluntad "sincera, leal y fiel". Como hemos visto se trata de virtudes morales de marcado tinte "recepticio" -para utilizar una formulación típicamente jurídica-; son los valores que requieren la vinculación con un alter ego. Sólo en sentido figurado puede hablarse de la fidelidad y la lealtad consigo mismo; se es fiel o leal a algo o a alguien.

Wiaecker también se refiere a la honestidad y al mantenimiento de la palabra; la buena fe reenvía "a una elemental exigencia personal de ética jurídica, esto es a la virtud jurídica del mantenimiento de la palabra, a la confianza y a la lealtad" (94). Montés se refiere algunas veces a lealtad, y otras, en forma más genérica a la honestidad (95). Hernández Gil se refiere a "la cohesión social, la conciencia del deber, la honestidad, la rectitud, la mutua confianza" (96). Carbonnier utiliza referencias a un "deber de honradez y probidad" (97), y con cita de Demogue, concentrando su atención en la buena fe contractual, menciona la cooperación indispensable (98).

Breccia entiende que la regla de la buena fe hace "re-

envío para su precisa determinación, a criterios extra-jurídicos. En este sentido puede afirmarse -dice- que la buena fe configúrase como un comportamiento honesto, correcto, leal" (99). Trabucchi, por su parte, remite a la colaboración, solidaridad, honestidad y corrección (100), para hablar, después, de lealtad, hábito viril de firmeza, claridad y coherencia, fidelidad y respeto a los deberes que según la conciencia general deben ser observados en las relaciones jurídico-sociales" (101). Von Thur, se refiere a la honestidad y la honradez, al cumplimiento de lo prometido (102). Díez Picazo, también nos habla de lealtad (103).

Siempre dentro del ámbito del contenido de la buena fe, hay una postura que se aparta en alguna medida de la que hemos marcado como mayoritaria. Zorrilla Ruis -anotando a Carbonnier- sostiene que la buena fe consistiría en "la voluntad de no infringir el ordenamiento jurídico" (104). ¿La moral social vigente impone el cumplimiento a ultranza del ordenamiento jurídico? El problema que esto plantea es sumamente serio y de difícil solución. Si por ordenamiento jurídico entendemos la ley en sentido estricto, creemos que la buena fe no exige el cumplimiento estricto de las disposiciones de la legislación positiva, que muchas veces puede estar en contra no ya de concepciones morales universales, o de las normas universales sobre justicia y equidad, sino concretamente en contra de las vigencias éticas de una sociedad concreta. Giampiccolo entiende, por su parte, que el cumplimiento fiel de las directivas legales no agota la significación del principio (105).

Hay quienes prefieren identificar el contenido de la buena fe con la máxima romana del 'alterum non laedere'; tal el caso de Gorphe que, amén de lo ya dicho sobre la lealtad, agrega: "es la consagración del deber moral de no dañar o engañar a otro, que no es más que una aplicación de la norma general que manda no hacer mal al prójimo" (106).

Esta formulación, que resultó muy frecuente sobre todo entre los sostenedores de la postura ética respecto a la llamada buena fe subjetiva, apunta claramente a la exclusión del dolo por vía de la buena fe, de donde, estiman que la mala fe es siempre y prototípicamente una conducta dolosa (107).

Como puede advertirse hay bastante uniformidad en cuanto a las fórmulas empleadas para referirse al contenido de la buena fe. En todas ellas hay un marcado tinte de alteridad, indispensable para considerarnos dentro del campo jurídico. Sin embargo, todavía se presentan algunos problemas: cuando los autores se refieren a la lealtad y a la fidelidad, ¿incorporan siempre una consideración moral o ética general? Ya nos hemos ocupado del tema y recordamos aquí que debe hacerse alguna matización entre la moralidad general o buena fe "ciudadana" y la buena fe que particularmente vincula a los sujetos unidos por un lazo jurídico obligacional concreto (108).

- (1) Conf. LOPEZ DE ZAVALIA, F. "Teoría de los contratos. Parte General", Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1971, p. 240. Para este autor la buena fe, así como las buenas costumbres o la equidad son conceptos "inmediatamente inteligibles, pero sumamente difíciles de concretar en fórmulas".
- (2) ENGISCH, K. "Introducción al pensamiento jurídico" (trad. Garzón Valdés), Ed. Guadarrama, Madrid, 1967, p. 139.
- (3) Por ejemplo, WIAECKER, F. "El principio general de la buena fe" (trad. Carro), Civitas, Madrid, 1977, p. 29 y ss; ESSER, J. "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado" (trad. Valentí Fiol), Bosch, Barcelona, 1961, p. 83.
- (4) VON HIPPEL, F., citado por Wiaecker, ob. cit. en nota anterior, p. 41.
- (5) ENGISCH, K. ob. cit. en nota 2, p. 157.
- (6) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3, p. 29 y ss.
- (7) HERNANDEZ GIL, A. "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe" (discurso de apertura de curso), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, p. 34.
- (8) Por ejemplo, AMOROS GUARDIOLA, M. "La protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe", en A.D.C., T. XXV (1972), p. 189 y ss.
- (9) Ver los autores citados en el capítulo II, punto 4.
- (10) ESSER, J. ob. cit. en nota 3,
- (11) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3.
- (12) ENGISCH, K. ob. cit. en nota 2, en especial, p. 159.
- (13) ORTEGA Y GASSET, J. "Ideas y creencias", 8a. edición, Espasa-Calpe, Madrid, 1976.
- (14) SQUELLA NARDUCCI, A. "La concepción de la equidad en Aristóteles", en el volumen "Dos concepciones de la equidad" [en colaboración con A. González], Edeval, Valparaíso, 1981, p. 39.
- (15) Idem nota anterior, p. 41.
- (16) Idem, p. 42.
- (17) ENGISCH, K. ob. cit. en nota 2, p. 159.
- (18) Idem nota anterior, p. 161.
- (19) ESSER, J. ob. cit. en nota 3.
- (20) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3, p. 44; ver también p. 41.
- (21) DIEZ PICAZO, L. prólogo a la obra de WIAECKER, F. cit. en nota 3, p. 18.

- (22) DIEZ PICAZO, L. ob. y lugar citados en nota anterior; véase también "Sistema de Derecho Civil" (en colaboración con Gullón, A.), 4a edic., Vol. I, Tecnos, Madrid, 1981, p. 458 y ss.
- (23) Conf. LARENZ, K. "Derecho de las obligaciones" (trad. Santos Briz), Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1958, T. I, en especial, p. 143.
- (24) Ver al respecto las interesantes puntualizaciones de SACCO, R. "La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato", Giappichelli Ed., Torino, 1949, p. 8 y ss.
- (25) MONTES, V. Comentario al art. 7.1 en "Comentarios a las reformas del Código Civil", Tecnos, Madrid, 1977, T. I, p. 356 y ss., en especial, p. 364 y 365.
- (26) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 7, p. 18.
- (27) Idem nota anterior, p. 32.
- (28) TRABUCCHI, A. "Instituciones de Derecho Civil" (trad. Martínez Calcerrada), ed. Rev. Derecho Privado, Madrid, 1967, T. II, p. 27.
- (29) Sobre el punto ver el cap. I, punto 6.A, y la bibliografía allí citada.
- (30) Ley Nº 14.394, art. 31.
- (31) RIPERT, G. "La règle morale dans les obligations civiles", 4a. edic., Lib. Générale de Droit et Jurisp., Paris, 1949; en especial resulta esclarecedero, por lo completo y sintético, el nº 3 de la Introducción, p. 6 y 7.
- (32) RIPERT, G. ob. cit. en nota anterior, p. 10. Véase también, VALLET DE GOYTISOLO, J. "De la virtud de la justicia a lo justo jurídico", en el volumen "En torno al Derecho Natural", Sala, Madrid, 1973, p. 65ss. y la bibliografía allí citada.
- (33) GOMEZ ACEBO, F. "La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del derecho y su eficacia en el Código Civil", R.D.P., T. XXXVI, (1952), p. 101 y ss y 192 y ss., en especial, p. 120.
- (34) GORPHE, F. "Le principe de la bonne foi", Dalloz, Paris, 1928; afirma este autor: "la noción jurídica de la bona fides, con el cristianismo, se impregna de ideas morales y religiosas, desconocidas en la antigüedad...", p. 11.
- (35) Idem nota anterior.
- (36) CICERON, M. "De los deberes" (trad. Valbuena), Porrúa, México, 1978, Lib. I, cap. VII, p. 9 y ss. Véase también Lib. III, cap. XVI, XVII y XIX.

- (37) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 7, p. 18.
- (38) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 21, p. 15
- (39) DE LOS MOZOS, J. "El principio de la buena fe", Bosch, Barcelona, 1965, p. 27. En igual sentido, RIPERT, G. ob. cit. en nota 30, en especial, Nos. 157 y 162; MONTES, V. ob. cit. en nota 25; GORPHE, F. ob. cit. en nota 34,
- (40) BRUFAU PRATS, J. "Hombre-Naturaleza-Libertad. En torno al tema 'Libertad y Derecho' ", Speiro, Madrid, 1970, p. 3.
- (41) RADBRUCH, G. "Filosofía del Derecho", 4a. edic., Ed. Rev.Der.Priv., Madrid, 1959, p. 54.
- (42) Sobre todos estos temas puede verse, BRUFAU PRATS, J. "Introducción al Derecho. I. El hombre, el entorno social y el derecho", s/e, Salamanca, 1980.
- (43) Sentencia del Tribunal Federal Alemán, citada por ENGISCH, K. ob. cit. en nota 2, p. 160.
- (44) Por todos, ver ORTEGA Y GASSET, J. "Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?", en Obras Completas, 6a. edic., Ed. Rev. de Occidente, Madrid, 1964, T. VI, p. 315 y ss. y GARCIA MORENTE, M. "Lecciones preliminares de filosofía", Losada, Buenos Aires, 1948; nuestros, "Algunas reflexiones acerca de los valores jurídicos", en Semanario Jurídico de Comercio y Justicia, Córdoba (Argentina), Nº 39, 1978, y "El poder jurisdiccional frente a los valores jurídicos de seguridad y justicia", en R.G.L.J., T. LXXXI (1980), p. 459 y ss.
- (45) ENGISCH, K. ob. cit. en nota 2, p. 161.
- (46) Idem nota anterior.
- (47) BRUFAU PRATS, J. ob. cit. en nota 40, p. 11.
- (48) Idem nota anterior, p. 21.
- (49) "El poder jurisdiccional frente a los valores jurídicos de seguridad y justicia", en R.G.L.J., t. LXXXI, p. 459 y ss. y la bibliografía allí citada.
- (50) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3, p. 37.
- (51) Conf. HERNANDEZ GIL, A. "La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981.
- (52) El cumplimiento de la palabra empeñada -yno ya el fiel literalismo- recogido en el adagio 'pacta sunt servanda' reconoce desde siempre ciertos límites. Véase, CICERON, M. ob. cit. en nota 36, y lugares allí citados.

- (53) El caso es verídico y está sujeto a resolución en un tribunal laboral de Sevilla.
- (54) Sobre el particular, ver WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3; LARENZ, K. "Derecho Civil. Parte General" (trad. Izquierdo y Macías Picavea), Edersa, Madrid, 1978 y también, "Derecho de obligaciones" (trad. Santos Briz), Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1958; ENNECCERUS, L-KIPP, Th.-WOLFF, M. "Tratado de Derecho civil. Parte General", 13a. edic., (revisada por Nipperdey) (trad. Pérez González y Alguer), Bosch, Barcelona, 1935, T. I, Vol. II; y también, "Derecho de obligaciones" 11a. edic., (revisada por Lehmann) (trad. Pérez González y Alguer), Bosch, Barcelona, 1933, T. II, Vol. I.
- (55) FREZZA, P. "Fides Bona", en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 1 y ss., en especial, p. 6.
- (56) Idem nota anterior, p. 7.
- (57) Idem.
- (58) CICERON, M. ob. cit. en nota 36, lug. cit.
- (59) FREZZA, P. ob. cit. en nota 55, p. 10. También, WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3, p. 61.
- (60) ARISTOTELES, "Ética a Nicómaco", en Obras Completas (trad. P. de Azcárate), Ed. Lib. Anaconda, Buenos Aires, 1947, T. I, Lib. V, p. 136 y ss.
- (61) Idem nota anterior.
- (62) CICERON, M. ob. cit. en nota 36, en especial, Libro I.
- (63) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 7, p. 33.
- (64) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3, p. 28.
- (65) Ver en este capítulo el punto 1.
- (66) Ver nuestro trabajo citado en nota 49, en especial, ap. IV.
- (67) Para este tema, véase el trab. cit. en nota anterior, y la bibliografía utilizada.
- (68) COSSIO, C. "Los valores jurídicos. Meditación sobre el orden y la seguridad", en LL. t. 83, secc. doct., p. 1017 y ss, en especial, p. 1020. Recuérdese que Cossio define al Derecho como "conducta en interferencia intersubjetiva". Aparece aquí con toda claridad la referencia a la coexistencia esencial que el fenómeno jurídico implica; coexistencia entendida como el "comportamiento mismo que se comparte, como el hecho único que entre dos o más personas han llegado a ejecutar, en el juego conjunto de impedirse o no la acción

de cada cual", ob. cit., p. 1020.

Véase también, "La estructura del plexo axiológico", en LL, T. 84, secc. doct. p. 789 y ss.

- (69) COSSIC, C. "Meditación sobre el poder y la paz", en LL, T. 84, secc. doct., p. 636 y ss.
- (70) COSSIC, C. "Meditación sobre la cooperación y la solidaridad", en LL., t. 84, secc. doct., p. 693 y ss.
- (71) BRUFAU PRATS, J. ob. cit. en nota 42, p. 234.
- (72) GORPHE, F. ob. cit. en nota 34, p. 9.
- (73) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3, p. 28.
- (74) Refundimos en una las dos corrientes que menciona CASTAN TOBEÑAS, ya que ambas están inspiradas en la misma idea; la mitigación del estricto legalismo se formula en atención a las circunstancias del caso. Sobre el tema, véanse las obras de CASTAN TOBEÑAS, J. "La idea de equidad en su relación con otras ideas morales y jurídicas afines" (discurso de apertura de Tribunales), Madrid, 1950; "La idea de equidad en las letras españolas" (discurso de recepción) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1949; "La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea" (discurso de recepción) Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1950; "La formulación judicial del Derecho (jurisprudencia y arbitrio de equidad)", Madrid, 1954; también en "Derecho Civil Español Común y foral", 12a. edic. (revisada por De los Mozos), Reus, Madrid, 1982, T. I, Vol. I, p. 506 y ss. Ver asimismo, VALLET DE GOYTISOLC, J. "Estudios sobre fuentes del Derecho y Método jurídico", Montecorvo, Madrid, 1982; en especial, el cap. VIII y la bibliografía allí citada.
- (75) CASTAN TOBEÑAS, J. "La idea de equidad y su relación con otras...", cit. en nota anterior.
- (76) ENNECCERES, L.-KIPP, Th.-WOLFF, M. "Derecho de obligaciones", cit. en nota 54, p. 19.
- (77) GORPHE, F. ob. cit. en nota 34, p. 39.
- (78) Recordemos que para Von Thur "todos los contratos en el derecho moderno son contratos bonae fidei".
- (79) VON THUR, A. "La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual" (trad. Roces), en R.D.P., t. XII (1925), p. 337 y ss, en especial p. 340.

- (80) Véase, CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español, común y foral", cit. en nota 74, p. 490 y ss. y la bibliografía citada allí; DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 22, p. 160 y ss; ESPIN CANOVAS, D. "Manual de Derecho Civil español", 8a. edic., Vol. I, Edersa, Madrid, 1982, p. 137 y ss.
Puede verse también, ZORRILLA RUIZ, M. en sus adiciones a CARBONNIER, J. "Derecho Civil. Estudio Introductorio", Bosch, Barcelona, 1971, T. II, Vol. II, p. 398.
- (81) TRABUCCHI, A. ob. cit. en nota 28, p. 177.
- (82) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 22, p. 161
- (83) Conf. PEREZ GONZALEZ y ALGUER, en adiciones a ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, ob. y lug. cit. en nota 76.
- (84) Sobre el tema, cap. III, punto 2, en especial p. 102 y ss.
- (85) Ver nuestro trabajo cit. en nota 49, p. 470.
- (86) Tomamos el "dar a cada uno lo suyo", a título de ejemplo y no porque pensemos que la justicia se limita a uno de los 'tria iuris praecepta'.
- (87) Véase RECASENS SICHES, L. "Tratado General de Filosofía del Derecho", 2a. edic., Porrúa, México, 1961.
- (88) SANCHEZ DE LA TORRE, A. "Los principios clásicos del Derecho", Unión Ed., Madrid, 1975, p. 103.
- (89) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3, p. 79.
- (90) ESSER, J. ob. cit. en nota 3, p. 53.
- (91) Véase al respecto FREZZA, P. ob. cit. en nota 55, y bibliografía allí citada.
- (92) Ver cap. X.
- (93) GORPHE, F. ob. cit. en nota 34, p. 46.
- (94) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 3, p. 49, nota 39.
- (95) MONTES, V. ob. cit. en nota 25, p. 364 y 365.
- (96) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 7, p. 18.
- (97) CARBONNIER, J. ob. cit. en nota 80, p. 399.
- (98) Idem, p. 400.
- (99) BRECCIA, U. "Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffrè, Milán, 1968, p. 6.
- (100) TRABUCCHI, A. ob. cit. en nota 28, p. 26.
- (101) Idem nota anterior, p. 27.
- (102) VON THUR, A. ob. cit. en nota 79, p. 337 y 341.
- (103) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 22, p. 360.

- (104) ZORRILLA RUIZ, M. ob. cit. en nota 80, p. 398.
- (105) GIAMPICCOLO, G. "La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato", en Riv. Dir.Comm, 1965-I, p. 335 y ss. y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 75 y ss., en especial, p. 89.
- (106) GORPHE, F. ob. cit. en nota 34, p. 46.
- (107) Sobre el punto, COSSIO, A. "El dolo en el Derecho Civil", Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1955.
- (108) Ver punto 2 de este capítulo, en especial, p. 106 y ss.

CAPITULO IV

APROXIMACION A LA DINAMICA DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE

Sumario:

1. La Normatividad. Formas de manifestarse.
2. Las funciones del principio general de buena fe.
3. La aplicación del principio de buena fe y la seguridad jurídica.

1. LA NORMATIVIDAD. FORMAS DE MANIFESTARSE.

Hasta aquí hemos tratado de describir cuál es el contenido de la buena fe, e mejor dicho, más que perfilar el contenido concreto del principio, analizar cuáles son las vías para llegar a dotar de materia al concepto indeterminado normativo que es la buena fe. Se impone ahora ver cómo funciona el principio, esto es, estudiar su dinámica. El funcionamiento del principio de buena fe, como en general el de todos los principios del Derecho, está íntimamente vinculado a su normatividad esencial (1). Las funciones que desempeñan los principios derivan de su potencialidad jurídica, de su calidad de normas.

La normatividad del principio de buena fe es precisamente la nota que sirve para unificar los dos tipos que integran la ya tradicional distinción entre buena fe subjetiva y objetiva (2). En todas las expresiones del principio de buena fe queda de manifiesto, con mayor o menor nitidez, la fuerza ordenadora del principio, su virtualidad como directiva de conducta, como regla de comportamiento. Ahora bien, la normatividad no se produce siempre en el mismo sentido, sino que tiene diversos grados o formas.

En el capítulo introductorio vimos que la potencialidad jurídica de los principios tiene dos formas esenciales: una normatividad directa y otra por derivación. La primera surge con claridad meridiana en los casos de lagunas legales, en los que entran directamente en juego los principios y las directivas en ellos contenidas. La fuerza normativa por derivación, a su vez, se manifiesta a través de lo que se ha dado en llamar el carácter "nomógeno" de los principios (3); de cada principio se derivan infinidad de corolarios que concretan en normas especiales, con mayor revestimiento técnico formal, las directivas ge-

nerales contenidas en el principio. Una buena parte de las normas concretas que conforman o integran un ordenamiento jurídico determinado son derivados de las formulaciones abstractas de los principios.

Los autores reconocen unánimemente la característica normativa de la llamada buena fe objetiva (4), sin embargo muestran reparos para admitir que la buena fe "subjetiva" tenga ese carácter (5).

Nosotros, siguiendo a Hernández Gil, entendemos que la buena fe tiene siempre un contenido y una función ordenadora de la conducta; a pesar de los distintos modos de actuar de la buena fe "no es descartable en ningún caso la dimensión objetiva, ordenadora de la buena fe, por cuanto se acude a ella como norma de conducta...para calificar un comportamiento y hacer depender los efectos jurídicos de la acomodación o no del comportamiento a lo establecido por o con la buena fe" (6).

A nuestro juicio, la normatividad diferenciada de la buena fe, en los dos supuestos típicos en que se presenta -tradicionalmente calificados como de buena fe objetiva y subjetiva-, puede explicarse como sigue.

Cuando la buena fe aparece en el supuesto de hecho describiendo una conducta como "de buena fe", -o diciendo que un sujeto es "de buena fe"-, se entiende que se hace referencia aisladamente a una creencia, a un estado de conciencia -fundado, según la corriente que se acepte, en una simple ignorancia, en una ignorancia excusable, o en la convicción de la eticidad de la postura o posición-. Según los autores no hay aquí ninguna norma, simplemente la descripción de una realidad, un supuesto de hecho meramente fáctico que el legislador tomará en cuenta para atribuirle ciertos efectos.

Según Giampiccolo, por ejemplo, además de aquellas normas en que, mediante la referencia a la buena fe, el legislador brinda

una directiva de comportamiento, hay otro grupo de reglas "en las cuales el legislador no prescribe un comportamiento 'según buena fe', sino que dispone ciertos efectos para las hipótesis en que una determinada conducta se reputa producida 'en buena fe'"(7). También se orienta en este sentido la afirmación de Sacco, para quien "la palabra buena fe indica un 'fatto giuridico' (es decir un fenómeno del mundo natural valorado por el derecho)" (8).

Hasta aquí, lo que tantas veces hemos leído y estudiado. Nosotros creemos que siendo ésta nada más que una forma de manifestación o funcionamiento del principio general, tiene en sí misma una carga ordenadora. Hay previamente a cada una de las normas que hacen referencia a la buena fe de un sujeto, una norma que exige una conducta de buena fe. De donde el poseedor "de buena fe" es aquél que ha cumplido con los deberes o las directivas de conducta que integran el contenido de la buena fe. "La contemplación de la buena fe como algo imputable a la persona y sólo a ella no quiere decir que por eso quede reducida a pura subjetividad y sea otra buena fe distinta, por cuanto también aquí opera como criterio para determinar si el concreto comportamiento ha de reputarse o no de buena fe" (9).

La situación es similar a la que presentan estructuralmente las normas contenidas en los códigos penales. El legislador -por razones de brevedad, o de sencillez- dice simplemente: "al que matar le corresponderán x años de prisión", o "al que se apropiare por la fuerza de una cosa total o parcialmente ajena se aplicará una multa de x pesetas". Pero siempre estas formulaciones representan la segunda parte del juicio hipotético; son normas que presuponen otra previa, no enunciada porque resulta obvia, o enunciada en otros cuerpos del ordenamiento y no reiterada en sede penal. Estas normas, son para los ejemplos puestos,

"debe respetarse la vida ajena" o "la propiedad privada es inviolable". Hadie discute la existencia de esta norma previa; ningún autor niega su fuerza ordenadora.

En la hipótesis de la buena fe sucede algo similar, sólo que la remisión, a veces, es más complicada desde el punto de vista técnico pues actúa por lo general, una norma intermediaria, de carácter fundamentalmente descriptivo. El esquema simple sería como sigue: "el poseedor de buena fe hace suyos los frutos" (enunciado "A"), pero en el supuesto de hecho de esta norma hay una norma implícita que dice "debe actuarse conforme a la buena fe" (enunciado "-A"). Por tanto el poseedor "de buena fe" no es más que el resultado de haber cumplido con la norma implícita. El supuesto de hecho no hace meramente referencia a una facticidad pura; por el contrario, es portados de una fuerte dosis normativa (10).

Visto así resulta simplísimo admitir la normatividad que hay siempre en la referencia a la buena fe, su carácter ordenador. El tema se complica porque por lo general -como decimos- en el esquema concreto de los diversos cuerpos legales aparece una norma intermedia que describe el supuesto de hecho de la norma explícita que llamamos "A". El origen de la confusión puede surgir de la creencia de que esta norma intermedia se incorpora en el proceso lógico para dar cabida a un supuesto distinto de buena fe. No es así, por más específica que sea la descripción de la norma intermedia, con todas las particularidades que pueda introducir, lo único que -en realidad- hace es describir para esa hipótesis particular, cuál es el resultado fáctico del cumplimiento de las normas de buena fe, normas impuestas por la implícita que hemos denominado "-A".

En el Código civil español, la norma intermedia sería

la contenida en el art. 433 que dispone que "se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide" (11); lo descripto no puede ser más que la especificación del resultado al que ha conducido el cumplimiento de las normas de la buena fe. Lo mismo ocurre con el art. 2356 del Código civil argentino que dispone que "la posesión es de buena fe cuando el poseedor, por ignorancia o error de hecho se persuadiere de su legitimidad" (12).

La norma implícita ("A") impone una forma de actuación; la norma intermedia no hace más que describir el resultado a que conducirá el cumplimiento de dicha conducta, y que será determinante de ciertos efectos que la norma explícita ("A") establece.

Esto justifica que en un mismo ordenamiento legal encontremos diversas configuraciones de la buena fe, entendida como resultado de la actuación conforme al principio. Así, por ejemplo, el art. 1950 del Código civil español dispone que "la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir el dominio"; a los efectos de la usucapión el legislador matiza la descripción del resultado de la actuación conforme a la buena fe, que habrá de producir la adquisición por prescripción.

La presencia de la norma intermedia, si bien complica un tanto la claridad del esquema, no altera su funcionamiento. La normatividad de la buena fe surge nítida por su relación con la norma implícita. La norma del Código penal que establece "al que matare corresponden x años de prisión" tiene fuerza normativa bifronte: por un lado su normatividad de primer grado- diríamos- impone ciertas consecuencias a un supuesto de hecho, establece una sanción para un comportamiento que resulta disvalioso o reprobable; sin embargo, no se agota allí su fuerza

normativa, hay también una manifestación que podríamos llamar de segundo grado, que implícitamente impone a los miembros de la comunidad el respeto de la vida de los semejantes. Algo similar sucede con las normas que incluyen en el supuesto de hecho a la buena fe; tienen normatividad de dos grados. Por una parte, atribuyen una consecuencia a la actuación de buena fe, y por otro lado imponen un comportamiento conforme a los criterios directivos ordenadores de la buena fe.

El hecho de que en las normas penales se predique o atribuya una consecuencias negativa o sancionadora, parece dar más fuerza a la normatividad; ha de respetarse la vida ajena, si uno no quiere sufrir las consecuencias previstas. Respecto a la buena fe, la única diferencia radica en que en lugar de atribuirse consecuencias sancionadoras, se establecen efectos favorables o protectores; la situación se ve más clara si se toman en cuenta las normas que prevén como supuestos de hecho la mala fe. Al poseedor de mala fe se le aplican diversas sanciones, lo cual equivale a decir que al que no cumple las normas o directivas de la buena fe se le aplican consecuencias negativas.

La normatividad propia del principio que nos ocupa, en los supuestos en que la buena fe aparece en el supuesto de hecho de las normas, puede explicarse a través de la remisión de dicho supuesto a una norma implícita, al estilo de las normas penales, como hemos hecho hasta aquí. Cabe asimismo otra vía; opción que es -a nuestro juicio- el resultado de dar un paso más adelante en el proceso de comprensión de las normas; puede hablarse de una normatividad de diverso grado. La que contienen normas como el art. 7.1 del Código civil español significa la aparición de la buena fe con normatividad de primer grado, al tiempo que las normas que parten de la enunciación de la buena fe como supuesto de hecho, incorporan una normatividad de segundo grado.



La norma que hemos llamado "-A" no siempre es una norma implícita que no encuentra manifestación concreta en el ordenamiento. Hay ocasiones en que dicha regla ha sido expresamente incorporada al conjunto de disposiciones legales. Tal el caso del ordenamiento español que cuenta ahora con el art. 7.1 del Título Preliminar, donde se dice que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las reglas de la buena fe". Sin embargo, reiteramos, no hace falta la existencia de una norma similar enunciada expresamente, pues la norma implícita ("-A") tiene fuerza por el sólo hecho de constituir, en nuestro caso, un principio general del Derecho.

Resumiendo: la normatividad de la buena fe puede ser de dos formas: directa o refleja. Es directa cuando actúa por sí, como principio general al que el ordenamiento se refiere explícita o implícitamente. Es refleja, cuando actúa por intermedio de normas concretas que son derivados más específicos de las directivas generales abstractas contenidas en el principio. Desde otro punto de vista, la normatividad puede presentar dos grados distintos. Las dos formas descritas (directa y refleja) constituyen manifestaciones de normatividad de primer grado, mientras que cuando la buena fe es tomada en cuenta como elemento descriptivo o caracterizador de un supuesto de hecho, su normatividad es de segundo grado. La diferenciación de grados de normatividad deriva de la inmediatez con que ésta se aprecia. Mientras en las manifestaciones normativas de primer grado la imposición de una forma de comportamiento no se vale de elementos intermedios (el esquema sería: "dado p debe ser q"), en la hipótesis de manifestaciones de segundo grado la normatividad se incorpora como criterio de valoración de un supuesto fáctico concreto, la obligación de observar determinado comportamiento surge a través de la

consideración de su resultado.

Nuestro estudio está referido principalmente a la normatividad de primer grado de la buena fe. Dos consideraciones nos mueven a centrar el estudio en esto que hemos descripto como normatividad de primer grado; por un lado entendemos que la hipótesis en que la buena fe aparece en el supuesto de hecho ha sido tratada con mucho detenimiento y más autoridad, por numerosos autores, por lo cual sería redundante reiterar aquí consideraciones harto conocidas por todos. Por fin, y fundamentalmente creemos -como hemos dicho en el apartado anterior- que la aparición de la buena fe en el supuesto de hecho, no es nada más que una forma tangencial de imponer un comportamiento de buena fe. En este sentido pensamos que estas hipótesis no presentan particularidad en cuanto al contenido normativo de la buena fe (más que la formal de grado), siendo su principal misión la explicitación de las consecuencias derivadas del cumplimiento de las reglas de conducta impuestas por la buena fe. Como veremos la normatividad de primer grado de la buena fe se manifiesta en cuatro direcciones fundamentales, en una de las cuales volveremos sobre la consideración de la buena fe que aparece en el supuesto de hecho (13).

La normatividad de primer grado del principio de buena fe se manifiesta en diversas direcciones, distinguiéndose así diversas funciones. A nuestro juicio, el principio de buena fe actúa: a) como criterio informador del ordenamiento; b) como criterio limitativo del ejercicio de los derechos; c) como criterio de interpretación y d) como criterio de integración.

2. LAS FUNCIONES DEL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE

Diversas son las funciones que los autores atribuyen al principio que nos ocupa. Algunas de estas formulaciones están, sin duda, influenciadas directamente por los ordenamientos jurídicos concretos y no pueden aplicarse en términos generales. Sin pretender volcar aquí el censo dogmático realizado, hemos de referir algunas de las opiniones propuestas.

Díez Picazo atribuye a la buena fe una triple función (14). La buena fe actúa como : 1) "causa de exclusión de la culpabilidad en un acto formalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma" (parte, el autor, de la concepción que diferencia el ilícito objetivo y el subjetivo). 2) "Causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella". Corresponde a lo que tradicionalmente se denomina fuente de integración del contrato, aunque es necesario advertir que -con acierto- Díez Picazo no limita la función de integración a la relación jurídica nacida del contrato, sino que la considera eficaz frente a cualquier relación jurídica. Resulta importante destacar también los límites que señala para el juego de esta función, los que resultan de la naturaleza de la relación y de la finalidad tenida en cuenta por las partes. 3) Por fin, la buena fe puede actuar como "causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico". Como destacaremos al exponer nuestra opinión sobre las funciones de la buena fe, creemos que la actuación del principio general, en tanto limite no puede reducirse al ámbito de los derechos subjetivos, sino que alcanza toda actuación con trascen-

dencia jurídica de una persona (15).

Gómez Acebo también recurre a una fórmula tripartita, algunos de cuyos elementos son coincidentes con la postura anterior. Este autor entiende que la buena fe actúa: a) como "eximente"; b) en "función de creación jurídica" y c) como "mecanismo de equidad" (16). La primera de las funciones coincide plenamente con la descripta por Díez Picazo, se trata de la eliminación del ilícito por falta del elemento subjetivo. La función "creadora" que parece ser atribuida en segundo término al principio no es tal, si analizamos con detenimiento la exposición de Gómez Acebo; la mencionada función aparecería cuando la buena fe es uno de los elementos de un supuesto de hecho en cuestión. al que se atribuye una consecuencia jurídica. Sin embargo, más adelante, el propio autor reconoce que "la buena fe 'per se' nunca es creadora. En todos los ejemplos que se traen a colación dicha eficacia no proviene de la buena fe sino de la norma" (17). Cuando la buena fe aparece en el supuesto de hecho de la norma no cumple función de creación, salvo que admitiéramos que la atribución de consecuencias jurídicas reside en los hechos descriptos por las normas como condicionantes de un resultado jurídico. Por último, lo que Gómez Acebo denomina "mecanismo de equidad" corresponde a la función que la buena fe desempeña en casos como el descripto en el art. 1258 del Código civil español. La calificación de esta función -generalmente descripta como integradora-, como mecanismo de equidad no parece enteramente acertada. La equidad cumple una misión de corrección del estricto Derecho legal; el papel que desempeña la buena fe en el art. citado no se agota en esa corrección, sino que más bien tiene por finalidad la incorporación de deberes; su actuación más que de corrección del Derecho legal (para adaptarlo a las circunstancias del caso) es de complementación del estatuto normativo pactado (para dar solución normativa a hipótesis

no previstas). De todas formas es probable que sólo se trate de una diferencia de carácter semántico si Gómez Acebo utiliza la expresión "mecanismo de equidad" en el sentido de mecanismo de flexibilización o morigeración del Derecho positivo.

Por su parte, Hernández Gil atribuye a la buena fe dos cometidos: "como reguladora del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de los deberes", y "como presupuesto de la atribución de derechos que, sin su concurso, quedan excluidos" (18). A nuestro juicio esta clasificación resulta demasiado escueta y torna difícil la ubicación, en ella, de diversos supuestos de actuación de la buena fe (tal lo que sucedería por ejemplo, con la función interpretativa de la buena fe). Sin embargo, es de hacer notar que Hernández Gil enuncia ésta como "una fórmula clasificatoria muy simple", reconociendo que "solo cabe utilizar como fórmulas clasificatorias aquellas que, partiendo de una unidad de significación, ponderen los diversos contenidos o subfunciones que el Código civil atribuye a la buena fe", para agregar que "el análisis detallado de los numerosos preceptos del Código civil que se sirven de la buena fe permitirían elaborar una tipología muy cualificada" (19).

Dos funciones esenciales recoge Gorphe para la buena fe; una función "creadora, que consiste en hacer partir el derecho del hecho", y una función "adaptadora que consiste en modelar el derecho sobre el hecho" (20). Adscribe esta distinción a la más general existente entre pensamiento y acción, o teoría y práctica, o -en fin- técnica y equidad. Sin perjuicio de esta formulación general, Gorphe se refiere a la buena fe como criterio de evaluación de la conducta de las partes o como presupuesto para la producción de ciertos efectos jurídicos, siguiendo en parte la distinción tradicional entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva.

La posición de Carbonnier sobre la función que desempeña la buena fe es la de ser criterio de aplicación de las normas -tanto contractuales como legales- defendiendo "el espíritu del contrato" (o de la institución en cuestión). La "defensa del espíritu del contrato" trae reminiscencias de la concepción romana sobre los contratos 'bonae fidei' (21); el objetivo principal es impedir que las partes se atengan al cumplimiento estrictamente literal de las obligaciones pactadas, eludiendo el espíritu del compromiso. "La ley del contrato -nos dice- (al igual que la del Estado) debe aplicarse conforme a su espíritu que se presume racional y equitativo" (22).

Para el Derecho alemán destaca la elaboración de Wiaecker que no pretende una fórmula general, aplicable a cualquier ordenamiento, sino que circunscribe su estudio al B.G.B. y con particularidad al párrafo 242. Siguiendo a Boehmer sostiene que la cláusula general del párrafo mencionado actúa "iuris civiles adiuvandi, supplendi o corrigendi gratia" (23). Si bien esta es la formulación general de su concepción, Wiaecker elabora su teoría sobre la buena fe sobre la base de distinguir cuál es la actividad que desempeñan los jueces para aplicar este criterio. En este sentido reconoce tres formas de actuación judicial de la buena fe; a) "el juez actúa en cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico escrito/^Ven virtud de su 'officium iudicis' se limita a concretar el proyecto previamente establecido y planificado en la regulación legal"; b) "el juez actúa con mayor libertad y 'praeter legem' cuando exige a las partes que en el ejercicio de defensa de sus derechos se comporten de manera justa", y c) "finalmente, la aplicación del art. 242 se realiza 'contra legem', mediante la ruptura que la jurisprudencia acomete hacia un nuevo Derecho judicial, que va más allá, tanto de la realización de un proyecto legislativo como de la salvaguardia del Derecho y la jus-

ticia en el comportamiento concreto de las partes" (24). De lo dicho resulta que las funciones de la buena fe -tal como es receptada por el parágrafo 242 del B.G.B.- se manifiestan bien en la concreción del proyecto del legislador, a través de la aplicación de las normas concretas, bien completando el ordenamiento, bien sirviendo de guía para la modificación correctora de sus disposiciones. Es de hacer notar que esta formulación sólo toma en cuenta lo que se ha llamado buena fe objetiva; no hay en ella referencia a cuál sea el papel técnico que desempeña al buena fe en otras hipótesis, dentro del cuerpo del Código civil alemán.

En la doctrina italiana hay disparidad de criterios en punto a la determinación de las funciones de la buena fe. Esta disparidad tiene su raíz en la variedad de "criterios" que utiliza el Código civil italiano de 1942 para cubrir aspectos que en otras legislaciones se deducen del criterio de buena fe. Así, diligencia, "correttezza", "affidamento", equidad, etc., funcionan como términos independientes aunque relacionados con el de la buena fe, de manera tal que cuando se trata de determinar las funciones de éste último, se atiende -sobre todo- a distinguirlo de los demás y la comprensión que se dé a los demás criterios influye sustancialmente en la asignada a la buena fe. Hecha esta aclaración nos ocuparemos de algunas de las fórmulas propuestas.

Di Majo sostiene que la función del principio de buena fe "puede ser ... la de sostener o apoyar (*adiuvandi gratia*) el acto de autonomía de las partes, en cuando provee al desarrollo de la idea de contrato y al enriquecimiento de las normas que a través del contrato, las partes han establecido" (25). Niega, no obstante, la posibilidad de "integración" de la voluntad de las partes cuando afirma que "el principio de buena fe no sirve para ampliar el número de los efectos que, por voluntad de las partes o por disposición de ley, componen la trama de la relación

jurídica" (26). A lo largo de la exposición de Di Majo surge con nitidez que el autor relaciona fundamentalmente el criterio de buena fe con el criterio de equidad, reconociendo que el atribuir al uno la misión de servir para valorar un comportamiento concreto, significa reservar para el otro el actuar como medida para integrar el contrato y viceversa (27). No da, sin embargo, mucha importancia al asunto, ni se esfuerza por dilucidar de forma más o menos general la diferencia que existe entre ambos. Entiende que no es cuestión de discutir esto en un mero plano teórico; "un efectivo y sustancial progreso puede alcanzarse, en mi opinión -sostiene- commensurando el principio a la real exigencia que un problema específico -por ejemplo, aquel del control de las condiciones generales del contrato- presenta y señala al intérprete" (28).

Otros autores -siempre dentro de la doctrina italiana- no basan su concepción en la distinción buena fe/equidad, sino en el binomio buena fe/diligencia; tal es el caso de Breccia (29). Para Breccia la función típica del criterio de buena fe "es aquella de consentir o permitir la individualización concreta de la regla de conducta requerida por las circunstancias y evaluar o valorar consecuentemente la conducta de las partes" (30). Decíamos que la exposición de Breccia se basa fundamentalmente en la distinción entre buena fe y diligencia; sólo en esa dicotomía puede llegar a captarse el verdadero papel que reserva a la buena fe. El autor mencionado parte de la diferenciación entre la "actividad de prestación" y la "actividad de relación". La primera es la conducta de las partes vinculada con el estricto cumplimiento instrumental de sus funciones en la relación jurídica de que se trate; no pone en contacto a sujetos sino a posiciones (la de acreedor y deudor, porejemplo) (31). Por su lado, la actividad de relación es la que corresponde a los sujetos no en tanto titulares emplazados en una posición jurídica,

sino en cuanto hombres que están en contado a raíz de habercese concreta-
do entre ellos una relación sociales especial, una relación jurídica.
La diligencia actúa fundamentalmente en la actividad de prestación, al
tiempo que la buena fe campea en el marco de la actividad de relación
(33). Así como la conducta debida por el deudor no se agota en la pres-
tación, sino que comprende una actividad de relación, "El ejercicio del
crédito... no se agota en la pretensión, sino que se enriquece, con una
actividad que tiene por punto de referencia un interés ajeno" (34). En
base a todo lo expuesto, entiende Breccia, que más que a la función que
desempeñan, la distinción entre ambos criterios corresponde al orden de
actividad al que se refieren (35). Sin perjuicio de que ambos actúen como
elementos de "creación" o, en el lenguaje de Breccia, de "explicitación"
del qué y del cómo de la correspondiente conducta y como criterios de
valoración de los comportamientos adoptados.

Es frecuente encontrar, en punto a la determinación de
funciones del principio de buena fe, la referendia a la buena fe como
"criterio de evaluación" de la conducta (36). Pensamos que esta supues-
ta catalogación funcional carece de especificidad; en nuestra opinión
todo criterio normativo -ya se trate de una regla moral, ya de usos
y costumbres, ora de criterios axiológicos ora de principios generales o
normas legales positivas- es módulo de evaluación de la conducta efec-
tiva. No se trata, pues, de una función propia de los principios gene-
rales, ni de la buena fe en particular.

Creemos necesario destacar una vez más que las fun-
ciones atribuidas a la Buena fe están influenciadas por dos tipos de fac-
tores. A uno de ellos ya hicimos referencia, al principio de este apar-
tado, es la concreta configuración del ordenamiento jurídico que cada
autor tiene en mira al formular su análisis. Pero quizás, el factor más

importante sea el de la ideología reinante en cada momento y la particular postura del autor. En este sentido resulta esclarecedora la lectura de la obra de Corradini quien formula un estudio de la evolución de la dogmática jurídica al hilo de la consideración que ha recibido el principio de la buena fe (37). La filosofía jurídica imperante no afecta las funciones que ontológicamente la buena fe está capacitada para desempeñar, pero sí determina en gran medida el reconocimiento de esas potencialidades. A la par de la corriente teórico-científica también juegan un papel importante las condiciones de vida, las particulares circunstancias históricas.

Como hemos dicho, entendemos que el principio general de buena fe cumple diversas funciones, producto de su esencial normatividad. Hemos de analizar las funciones que derivan de la normatividad de primer grado (38), pues la que hemos denominado de segundo grado no corresponde a una función diferente, sino que constituye una manifestación menos clara de la actuación de la buena fe como criterio limitativo del ejercicio de los derechos o de la conducta jurídica en general.

La buena fe cumple cuatro funciones esenciales en todo ordenamiento jurídico. Por supuesto que la relativa importancia de cada una de estas funciones, así como los condicionamientos concretos de su actuación varían en los distintos sistemas. Sin embargo, ya incorporadas en forma expresa en las disposiciones de los cuerpos legales, ya a través de la esencial normatividad derivada de éste y los demás principios generales, siempre puede advertirse esta dinámica del principio de buena fe. La buena fe, pues, actúa como:

a) criterio informador del ordenamiento jurídico. Al igual que todos los principios generales del Derecho, el que nos ocupa

desarrolla una labor de inspiración del ordenamiento jurídico. Se ha dicho con acierto que la buena fe es la esencia misma del fenómeno jurídico; en efecto lo es en cuanto representa el mínimo valorativo sobre el cual se edifica todo cuerpo o conjunto normativo, especialmente, el de carácter jurídico. Constituye un deber ser genérico.

Además de esta función informadora general o amplia, el principio de buena fe es la fuente de inspiración de un sinnúmero de normas concretas, de disposiciones particulares que no son más que el desenvolvimiento de la normatividad ínsita en el principio en su formulación general y abstracta. Particularizamos así la función de "información" -en el sentido filosófico de dar forma sustancial- que está siempre presente, y describimos una de sus formas más específicas de actuación que es la función de "inspiración" de normas concretas.

b) criterio limitativo de la conducta jurídicamente admisible. Tradicionalmente se habla de la buena fe como criterio limitativo del ejercicio de los derechos subjetivos; entendemos que esta forma de actuar del principio -una de las fundamentales hipótesis en que la normatividad del mismo aparece más clara- se aplica no sólo al ejercicio de los derechos, sino también al cumplimiento de los deberes y, en fin, a toda conducta que debe asumirse en las relaciones jurídicas.

Después de una época de absolutismo en el ejercicio de los derechos, terminado el culto a la libertad irrestricta, se advierte la necesidad de limitar la conducta de las personas -sobre todo en el ejercicio de los derechos- y surgen o resurgen instituciones teleológicamente orientadas en esa dirección, entre ellas se destaca el abuso del derecho; aunque la buena fe es un límite claro y a él se han referido varias legislaciones.

c) criterio interpretativo. Toda norma jurídica debe

ser interpretada, pues es un objeto cultural portador de un sentido. Si bien, como se ha dicho con acierto, la interpretación no supone la creación de normas, implica siempre una reformulación activa del contenido normativo. La interpretación tiene por meta el descubrimiento del sentido de la norma; muchos son los criterios que se proponen como medios idóneos para la obtención del resultado esperado. Unas veces se propicia la interpretación meramente literal; otras se afirma que hay que recurrir al espíritu de la norma, o al espíritu del legislador; otra, en fin, se sostiene que debe tenerse en cuenta la significación de la norma con respecto al resto del ordenamiento. Entendemos que una correcta interpretación no puede dejar de considerar una multitud de factores y debe hacerse conforme a una finalidad axiológicamente valiosa. Es en esta etapa de valoración del resultado de la interpretación, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas que el resultado producirá, donde juega un papel importante el criterio de buena fe.

La buena fe debe inspirar el proceso de interpretación. La norma debe interpretarse de acuerdo a lo que de buena fe podría o debería entenderse. La participación de la buena fe en el proceso interpretativo de las normas legales, como en aquellas procedentes de la voluntad de las partes, aunque se manifiesta con mayor intensidad en esta última hipótesis, nunca está ausente.

d) criterio integrador. También aquí surge con nitidez la normatividad propia del principio que origina una serie de normas específicas para aplicar a los casos particulares. La integración funciona respecto a los conjuntos normativos generales procedentes de la voluntad estatal, como a los que tienen su fuente en la voluntad de las partes, y su misión -en la mayoría de los casos- es completar las lagunas que se producen en esos ordenamientos. Cuando falta, entonces, una regla

para regular la actividad de las partes vinculadas por el contrato -por ejemplo- entrará en juego la buena fe para indicar el marco jurídico aplicable a la situación. Sin perjuicio de esta función de complemento, la integración reviste a menudo auténtico significado corrector.

La diferenciación funcional que acabamos de esbozar, y que constituye el esquema básico de desarrollo del presente estudio, no implica la convicción de que estas funciones se produzcan en absoluto aislamiento o independencia, unas de otras. En la vida del Derecho han de darse, la mayoría de las veces, interrelacionadas, confundidas unas con otras a pesar de su distinta misión. Así, la función informadora, e inspiradora está tácitamente presente en las demás. Las funciones de interpretación e integración, aún siendo diversas en sus condicionamientos y resultados, son difíciles de deslindar ya que a menudo actúan interconectadas. También están íntimamente vinculadas la función integradora y la limitativa de las conductas admisibles. Con lo dicho queda de manifiesto que la clasificación formulada no parte de una distinción ontológica, sino que es de base meramente funcional. La interconexión de todas las funciones viene impuesta por la unidad del principio de buena fe. Se trata, pues, de diversas manifestaciones de la misma realidad: el principio general de buena fe y su normatividad esencial.

3. LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LA SEGURIDAD JURIDICA.

La aplicación del Derecho, o, con mayor precisión, su faz dinámica, plantea siempre el problema de la seguridad jurídica como valor fundamental a respetar. Cualquier flexibilización, relajamiento o

cambio del ordenamiento levanta olas de protestas por quienes creen que por esa vía se atenta contra la seguridad y otros valores esenciales del plexo axiológico jurídico.

En este sentido afirma Wiaecker que "oportunidad y racionalidad, o mejor justicial del caso concreto y validez general, son elementos necesarios del Derecho y de la Justicia, que frecuentemente se hallan en conflicto en la realidad. En este conflicto, la apelación a las cláusulas generales entraña una petición a la justicia del caso concreto y una inclinación a limitar la igualdad ante el derecho" (39). No podemos menos que discrepar -aun concientes de que el tema divide a la doctrina y quizás nos ubiquemos en la corriente minoritaria-; no creemos que la aplicación de conceptos de relajamiento -mediante cláusulas generales, o por cualquier otra vía- derive en situaciones de desigualdad, generando inseguridad jurídica. La igualdad frente al Derecho se mantendrá merced a la posibilidad de aplicación del criterio señalado a todos los ciudadanos, a todos los sujetos de relaciones jurídicas que se encuentren en el supuesto de hecho previsto. No habrá, pues, desigualdad ante el Derecho.

La seguridad jurídica es uno de los valores a tener en cuenta por el ordenamiento jurídico, pero no es el único. Su rango relativo ha variado según las particulares circunstancias históricas (40). No debe olvidarse que la seguridad no es un valor absoluto en sí, sino uno de los caminos que conduce a la justicia, valor supremo a cuya realización final tiende todo el Derecho. Pues bien, las circunstancias exigen que en determinadas hipótesis se sacrifique este valor, aunque -en rigor de verdad- el sacrificio de la seguridad es sólo aparente. Seguridad no significa fosilización, estancamiento, cumplimiento estricto de las leyes escritas y pensadas para otras circunstancias o supuestos. Desde antiguo se sabe que 'summum ius summa iniuria'.

La aplicación o el recurso al criterio de buena fe no desafía la seguridad jurídica, sino que tiende a su concreta realización no ya como estabilidad de la estricta legalidad, aunque sea injusta, sino como permanencia de la posibilidad de justicia.

Muchas veces se ha malinterpretado la "seguridad jurídica" como el cumplimiento literal de la ley, sin atención a la legitimidad de su origen y de sus formulaciones, sin reparo en los resultados disvaliosos que pudiera conducir, sin la debida consideración a las circunstancias determinantes de una realidad particular. Esto no es seguridad; si acaso, podríamos hablar de estabilidad. La auténtica seguridad jurídica reside en la posibilidad de recurrir siempre a una instancia que decida el caso conforme a una norma valiosa, que conduzca a un resultado justo. En tanto creamos que la seguridad es el cumplimiento ciego de las disposiciones, en tanto olvidemos que la seguridad es una vía a la justicia, jamás lograremos una auténtica seguridad, sino la esclavitud irremediable a todas y cualquier disposición. Entendida, en cambio, la seguridad, como valor fundado (41), cumpliremos estrictamente las reglas en cuando conduzcan a un resultado justo, y utilizaremos las vías que el mismo Derecho nos ofrece para escapar de sus soluciones injustas en busca de otras más adecuadas.

Debemos tener presente que aun en la cumbre del positivismo legalista, cuando se pensó en la posibilidad de formular códigos cerrados, completos, perfectos, aun en esa instancia, se introdujeron en dichos cuerpos, los conceptos de relajamiento necesarios para evitar la fosilización de los mismos y su cristalización y consiguiente inutilidad. ¿Por qué, entonces, transcurridos años y sucesos, nos negamos a aceptar lo que los más destacados admiradores de la ley escrita admitieron?

La seguridad -en nuestra concepción- reside en la

referencia a las valoraciones sociales generales. Si se admite que sea la exclusiva e individual estimación del intérprete la que dote de contenido al concepto de buena fe, entonces sí caemos en un relativismo sumamente peligroso. Pero la utilización prudente y mesurada de criterios como el de buena fe, de apertura del ordenamiento jurídico, no derivará en inseguridad y permitirá, sí, el constante 'aggiornamento' de la normativa, garantizando la adaptación del Derecho como instrumento apto para el logro de una convivencia armónica y justa (42).

- (1) Ver cap. I, puntos 3 y 6.
- (2) Conf. HERNANDEZ GIL, A. "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe" (discurso de apertura de curso) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, p. 27 y ss.
- (3) Ver SANCHEZ DE LA TORRE, A. "Los principios clásicos del Derecho", Unión Ed., Madrid, 1975, en especial, p. 20 y ss.
- (4) Véanse, entre otros, DE LOS MOZOS, J. "El principio de buena fe", Bosch, Barcelona, 1965; DIEZ PICAZO, L. prólogo a la obra de WIEACKER, F. "El principio general de la buena fe" (trad. Carro), Civitas, Madrid, 1977; GORPHE, F. "Le principe de la bonne foi", Dalloz, Paris, 1928; BRECCIA, U. "Diligenza e buona fede dell'attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffrè, Milán, 1968; SACCO, R. "La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato", Giappichelli, Turín, 1949. En este punto la doctrina es unánime de modo que pueden incorporarse a la lista el resto de los autores citados en el curso de la investigación.
- (5) Con GORPHE, F. ob. cit. en nota anterior, p. 124.
- (6) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 2, p. 27; véase también, del mismo autor, "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980, cap. III, p. 173 y ss.
- (7) Conf. GIAMPICCOLO, G. "La buona fede in senso soggettivo del sistema del Diritto privato", en Riv. Dir. Comm., 1965-I, p. 335 y ss, y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 75 y ss., en especial, p. 77.
- (8) SACCO, R. ob. cit. en nota 4, p. 11. Véase también BRECCIA, U. ob. cit. en nota 4, p. 3.
- (9) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 2, p. 28.
- (10) Sobre la auténtica naturaleza del "supuesto de hecho" como elemento de la estructura de la norma, ver las interesantes reflexiones de HERNANDEZ GIL, A. "La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981, en especial, p. 71.
- (11) En concordancia con el art. 1950 que establece: "La buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio".
- (12) En relación con el art. 4006 que dispone: "La buena fe requerida para la prescripción, es la creencia sin duda alguna del poseedor, de ser el exclusivo señor de la cosa".
- (13) Véase el cap. VII.

- (14) DIEZ PICAZO, L. prólogo citado en nota 4, p. 19 y en "La doctrina de los propios actos ", Bosch, Barcelona, 1963.
- (15) Limitamos a la conducta con trascendencia jurídica, no porque creamos que la buena fe no debe regular todos los ámbitos de la conducta humana, sino porque aquí hablamos de la obligación de atenerse a la buena fe como principio general del Derecho; en otras esferas de comportamiento, la obligatoriedad de la actuación conforme a la buena fe vendrá impuesta por normas de tipo moral, y no por tratarse de un principio general del Derecho.
- (16) GOMEZ ACEBO, F. "La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del derecho y su eficacia en el Código civil", en R.D.P., t. XXXVI (1952), p. 101 y ss. y 192 y ss, en especial, p. 102.
- (17) Idem nota anterior, p. 124.
- (18) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 2, p. 36.
- (19) Idem nota anterior.
- (20) GORPHE, F. ob. cit. en nota 4, p. 128.
- (21) Ver FREZZA, P. "Fides Bona", en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 1 y ss.
- (22) CARBONNIER, J. "Derecho Civil. Estudio introductorio" (trad. Zorrilla Ruiz), Bosch, Barcelona, 1971, T. II, Vol. II, p. 397.
- (23) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 4, p. 50.
- (24) Idem nota anterior, p. 51.
- (25) DI MAJO, A. "El controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto", en Riv. Dir. Comm., 1970-Nos. 5-6, p. 192 y ss., en especial, p. 221.
- (26) Idem, p. 223.
- (27) Idem, p. 224.
- (28) Idem nota anterior.
- (29) BRECCIA, U. ob. cit. en nota 4.
- (30) Idem nota anterior, p. 86.
- (31) Idem, p. 128.
- (32) Ob. y lug. cit. en nota anterior.
- (33) Idem, p. 133.
- (34) Idem, p. 149.
- (35) Ob. y lug. cit. en nota 31.

- (36) Ver, por ejemplo, GORPHE, F. ob. cit. en nota 4, p. 19 y 23 y ss.; también parece atribuir una función de evaluación a la buena fe, BESSONE, M. "Errore di valutazione economica, causa del contratto, giudizio di buona fede", en Riv. Dir. Comm. 1978, Nos. 9-10, p. 303 y ss.
- (37) CORRADINI, D. "El criterio della buona fede e la scienza del Diritto privato", Giuffrè, Milán, 1970.
- (38) Sobre el tema, punto 1 del presente capítulo.
- (39) WLAECKER, F. ob. cit. en nota 4, p. 32.
- (40) Ver nuestro "El poder jurisdiccional frente a los valores jurídicos de seguridad y justicia", R.G.L.J., t. LXXXI (1980), p. 459 y ss., y la bibliografía allí citada.
- (41) Conf. la terminología que adopta COSSIO, C. "Meditación sobre el orden y la seguridad" en LL, t. 83, secc.doct., p. 1017 y ss. y en "La estructura del plexo axiológico", en LL, t. 84, sec. doct., p. 789 y ss. Ver también cap. III, punto 3, p. 113.
- (42) Sobre estos temas volveremos en el cap. X.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

CAPITULO V

LA BUENA FE COMO CRITERIO INFORMADOR

DEL ORDENAMIENTO

Sumario:

1. La función informadora. Consideraciones generales.
2. El principio de buena fe como informador.
3. Formas de actuación. Corolarios del principio.
4. Efectos derivados de la función informadora de la buena fe.

1. LA FUNCION INFORMADORA. CONSIDERACIONES GENERALES.

Los principios generales del Derecho cumplen la función de informar todo ordenamiento jurídico. Esta función es particularmente importante cuando nos referimos al principio de buena fe pues, por su significación y trascendencia, la buena fe afecta al sistema en su integridad, y no sólo en parcelas o a través de disposiciones aisladas. No caeremos en la tentación de afirmar que todas las normas jurídicas de un determinado cuerpo legal son derivaciones de la buena fe, pero sí cabe afirmar que el principio que nos ocupa es uno de los que más influencia ejercen sobre el sistema, particularmente por representar una vía de irrupción de la moral en el fenómeno jurídico.

Nos corresponde abordar la más complicada y abstracta de las funciones que atribuímos al principio de la buena fe. Se trata de un tema complicado por la dificultad de su conceptualización, impuesta en gran medida por la plasticidad de la dinámica que trataremos de describir. El tema de la función informadora que desarrollan los principios generales -y en nuestro caso, el de buena fe- es forzosamente teórico; pero no crea el jurista práctico que hemos de ubicarnos en lo que Ihering, con atractiva expresión, denominó "el cielo de los conceptos jurídicos", porque a pesar de su abstracción, el tema es trascendente, no solo desde el punto de vista filosófico, sino por las consecuencias prácticas que del mismo surgen.

Los autores españoles, forzados por circunstancias "terminológicas" se han ocupado de descifrar qué quiere decir "informar" un ordenamiento jurídico; decimosque esto ha venido determinado por circunstancias de orden terminológico, pues en la Reforma del Título Preliminar del Código civil se introdujo esta expresión para referirse a los prin-

cipios generales. Frente a la necesidad de aclarar el sentido de la norma contenida en el art. 1.4 los autores tropezaron con el carácter "informador" y aunque muchos se limitaron a decir que los principios generales tienen esa característica porque informan el sistema, sin precisar el contenido de esta función, otros se abocaron a su determinación. El tema, sin embargo, no es nuevo; lo que quizá ha variado es el rótulo bajo el que se lo incluye.

El Diccionario indica que "informar" es "dar forma sustancial", esto es infundir un espíritu y un carácter a una materia (1). Cuando se habla de informar se hace referencia a la acción de dar fundamento, servir de inspiración, concediendo a la materia informada un carácter peculiar y distintivo y un sentido propio.

Como vemos esta función de los principios generales no es un descubrimiento moderno, Federico de Castro afirmaba que estos principios son los "motores del ordenamiento jurídico" (2), insistiendo en que "los principios son la base en que descansa la organización jurídica; la parte permanente del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica. Los principios informan todas las normas formuladas" (3). ¿Qué entiende De Castro por "informar"? Se trata de la función que desarrollan los principios generales al convertir las normas jurídicas formuladas, es decir, las normas positivas, de "flatus vocis o de pintados signos en mandatos y reglas de conducta", y transformar "en conjunto orgánico... las frases descosidas de un inconexo articulado" (4). Es decir que, resumiendo, informar es dotar de sentido y sistematizar un ordenamiento positivo dado.

Refiriéndose a esta misma realidad, ha sostenido Del Vecchio que las "reglas particulares del derecho no son realmente inteligibles si no se las pone en relación con los principios de los cuales des-

cienden" (5), para agregar que "es carácter propio de los principios jurídicos el señalar tan sólo directrices fundamentales" (6).

Hay quienes después de afirmar enfáticamente que el actuar como informadores es "lo que constituye su función específica" no aportan ningún elemento para alcarar qué quiere decirse con eso (7). Otros autores recurren a las enseñanzas de De Castro y sostienen que "al informar los principios a las normas, son aquellos los que las convierten de conjunto inorgánico en unidad vital" (8). Bañlle Vázquez entiende el carácter informador como inspirador, interpretativo y explicativo (9).

Cadarso Palau sostiene: "ha quedado sin explicar... en qué consiste este significado 'informador' que los principios pueden tener y que... se da por sobreentendido (10); solventa el interrogante sosteniendo que hay dos modos de entender la función informadora. En sentido prescriptivo, informar significa la imposición del principio sobre la norma positiva, determinando así la superioridad jerárquica del principio (11); según el sentido descriptivo, debe entenderse que "toda norma positiva nace ya portadora de una versión -exclusiva- de lo justo"(12); el art. 1.4 del Código civil español se refiere a la función informadora en sentido "edificante pero no positivo" (13), con lo cual debe entenderse que se acepta la acción constructiva o inspiradora del principio, pero una vez cumplida la misma, la norma surgida se sobrepone al principio que le dió origen.

Villa Palasi atribuye a la función informadora, a la que considera esencial de los principios, una connotación valorativa; afirma en este sentido que la misión de los principios generales es la de informar axiológicamente todo el ordenamiento jurídico" (14), lo cual es posible por ser los principios el "punto de unión entre el consenso so-

cial, los valores predominantes y las aspiraciones de una sociedad con el sistema de Derecho...-agregando que dichos principios sólo- en cuanto recojan tales valores tendrán efectividad, que perderán de otra manera" (15). Aclara después que el principio general es el auténtico espíritu de las leyes. Tal es el sentido de las palabras 'principios informadores' que utiliza la reciente redacción del título preliminar..." (16).

Discrepa con esta última identificación entre los principios generales y el espíritu de la ley, Lluís y Navas para quien "principios y espíritu participan de la condición informante de las disposiciones, pero operan de modo distinto. Ambos tienen condición ideológico-jurídica. Pero los principios son 'ideas causantes', generadoras de las normas. El espíritu legal es un criterio de 'elaboración y de aplicación' de los principios" (17).

Por su parte, Díez Picazo sostiene que "tal significado 'informador' parece consistir en su posible utilización en la función interpretativa de las demás normas, así como en su función de criterio de indicación del carácter y rango que a tales normas se les debe asignar (normas de Derecho común, excepcional, etc.)" (18). A nuestro juicio "informar" quiere decir mucho más que esto. La función de información es una labor de justificación en base a instancias superiores. Consiste en infundir al ordenamiento un espíritu que le confiere unidad y le sirve de fundamento axiológico.

García Valdecasas entiende que "los principios están implícitos en el ordenamiento jurídico como su base o fundamento" (19) es decir que el carácter informador queda configurado por su función de "raíz o fundamento de donde deriva su validez intrínseca (racional) el contenido de las normas jurídicas particulares (20). En realidad, como puede verse, la función informadora, así descripta, se aproxima a la

concepción de las fuentes materiales del Derecho.

Hernández Gil afirma que "la función informadora del principio puede tener diverso alcance: cabe que sin enunciarlo como tal, inspire el sentido de las normas legales, con lo cual el principio no queda absorbido o agotado, de manera que además continúa teniendo la propia significación del principio; cabe también que el principio sea acogido en virtud de una referencia al mismo, sin introducir en el enunciado ninguna variación, y es posible asimismo que se le dote de una formulación normativa más matizada y distinta de la general del principio propiamente dicho" (21). Se trata, pues, de diversas fórmulas técnicas de revestimiento normativo del principio, cuya función informadora parece traducirse, para el autor, en inspiración y ordenación.

Nosotros entendemos que la función informadora significa la incorporación al ordenamiento de un sentido propio; mediante ella se infunde a las normas particulares una tensión valorativa que es, a la vez, fundamento, inspiración y fuente de legitimación.

No debemos confundir lo que significa informar con lo que conota una mera caracterización. Las ideas que informan algo -en este caso, los principios generales-que infunden sentido y valor a las formulaciones jurídico-técnicas, existen antes de esas formulaciones, con independencia de ellas; son su origen y fundamento, el cimiento sobre el cual se levanta el edificio, la idea que guía la elaboración. Los principios que informan al sistema jurídico, sin duda lo caracterizan en cierta medida, pues le dan una fisonomía propia. Sin embargo, hay otras notas que aun siendo caracterizadoras del sistema no le informan. Para utilizar una imagen más gráfica diremos que estas otras notas típicas contribuyen a darle una fisonomía especial, pero no son su fundamento, ni la idea

inspiradora.

El principio de buena fe informa todo ordenamiento jurídico en mayor o menor medida, inspirando normas concretas e infundiendo al conjunto una orientación hacia el respeto de valores fundamentales. Frente al sistema, podrá decirse que la buena fe lo caracteriza, pero se trata de una característica fundacional y justificante, interna, o mejor dicho interior. Al propio tiempo la recepción o consagración en el ordenamiento jurídico de ciertas instituciones (por ejemplo, el derecho de retención, la accesión de posesiones, la sustitución fideicomisaria, etc.) podrá servir para caracterizar el sistema, pero externamente. No puede decirse que se trate de instituciones que informen el sistema.

Decíamos al comienzo, que la función informadora tiene trascendencia teórica. En efecto, quienes reconocen que los principios generales desempeñan esta función no tienen más remedio, si pretenden coherencia, que admitir que los principios pre-existen a las normas concretas que no son más que revestimientos, más o menos técnicos, con mayor o menor precisión formal, de la sustancia encarnada por los principios. Informar, hemos dicho, es servir de fundamento, actuar como guía, orientar, dar sentido; para poder realizar estas tareas es imprescindible que los principios existan antes que el ordenamiento positivo.

No discutimos la forma de descubrimiento de los principios. Puede que frente a un conjunto de disposiciones el investigador comience a adentrarse en su esencia hasta descubrir sus fundamentos, sus orígenes materiales, sus pilares; pero por más que ello sea así, no podrá decirse que las columnas base han aparecido después de elevado el edificio, ni que los cimientos se han puesto al final. Si no vemos cómo se elabora la construcción, y queremos descubrir cuál fue la idea guía, deberemos investigar, pero a nadie se le ocurriría decir jamás que el edi-

ficio no tiene base, ni una idea guía de acuerdo a la cual se ha elaborado. Empleemos, pues, otro símil: un libro no es un conjunto caótico de palabras simplemente yuxtapuestas; para que el libro sea tal debe haber un criterio básico, una idea guía un orden, un sentido que llevan al escritor a enhebrar las palabras de determinada forma y no de otra, con vistas a la transmisión de un mensaje y no otro. Pues bien, también en el caso del libro hay ideas que lo informan; esas ideas están antes que el libro, son su fundamento, le infunden vida a una serie de palabras y símbolos. Sin perjuicio de que a medida que se produce la elaboración de la obra, el escritor revise o matice esas ideas, nunca faltan. Quien realiza un análisis literario descubre esas ideas penetrando en el texto; realiza el camino inverso al que recorre el autor, pero nunca llegará a decir que esas ideas no existieron previamente, que surgen a posteriori de la obra misma.

Esta función informadora la desempeñan los principios generales con independencia de su recepción o reconocimiento expreso en los dispositivos de los códigos; para que un principio actúe informando la realidad jurídica no es menester que haya un texto legal que disponga que "los principios generales tienen función informadora". Esta función es de la esencia misma de los principios. Por ello no podemos menos que señalar lo que a nuestro juicio es un serio error conceptual:

A raíz de la modificación del Título Preliminar del Código civil español, el art. 1.4 incorporó la mención expresa de la función "informadora". Antes el nuevo texto muchos autores han manifestado opiniones que inducen a pensar que esa función surge o depende del reconocimiento positivo de la misma. En este sentido podemos mencionar expresiones tales como, "en nuestro actual derecho positivo" los principios generales actúan como informadores (22); o esta otra: "hoy...estos

principios generales no sólo constituyen una fuente de último grado, sino que, por ministerio de la ley, se han convertido en "informadores" del ordenamiento jurídico" (23); o la siguientes: "no creemos que bajo el carácter informador asignado por la nueva ley..." (24); "los principios generales del Derecho dejar de ser exclusivamente subsidiarios para ser dotados al mismo tiempo de una naturaleza que les es propia" (25). Expresión ésta última que encierra un profundo contrasentido; ¿cómo puede ser que un texto legal 'dote a los principios de lo que es su "propia naturaleza"? Tal afirmación equivale a sostener que la ley de gravedad de Newton dota de gravedad a la tierra!!

El ordenamiento positivo puede reconocer expresamente en un texto esta función de los principios, pero sólo reconocerla, pues su cumplimiento es esencial a la naturaleza misma de los principios. Es por eso más acertada la expresión que emplea García Valdecasas cuando afirma que el nuevo texto "alude expresamente a su carácter informador" (26).

2. EL PRINCIPIO DE BUENA FE COMO INFORMADOR.

No todos los autores reconocen al principio general de buena fe esta función de información del ordenamiento jurídico. En esta postura se ubica claramente la expresión de Sacco(27), para quien hay que distinguir entre el "principio político de la buena fe" y el "hecho de la buena fe". El jurista al estudiar la buena fe debe, siempre según este autor, prescindir del principio político "no sólo porque este principio es muy vago, tanto que toda norma puede parecer una aplicación suya, sino sobre todo porque cuando en obsequio al principio político de la buena fe, el legislador da relieve al hecho jurídico de la

buena fe, el interés del jurista se satisface con el estudio de la buena fe como hecho; y cuando es supuesto principio político de buena fe da lugar a la relevancia de otros criterios y de otros hechos (dolo, fraude, diligencia, puntualidad o exactitud) es asimismo arbitrario asignar a estas reglas a un principio de buena fe y no al principio de dolo, de la diligencia, del fraude o de la exactitud" (28).

La posición nos parece extrema; el hecho de reconocer tras una norma concreta la influencia de un principio general no significa que se desconozca la particularidad de la institución o de los elementos resaltados. El estudio completo de la normativa jurídica impone la necesidad de recurrir al principio "político" (en la denominación de Sacco) para completar la comprensión cabal de cada disposición; sin embargo, la profundidad de la investigación dependerá del objetivo del estudio y del interés del investigador, pero no debe prescindirse del análisis de los principios informadores (29).

Afirma Sacco que cuando el principio "político" de la buena fe informa alguna norma particular, estudiar el principio resulta pleonástico superfluo. No lo consideramos así, el principio siempre servirá para lograr la comprensión cabal de la regla particular, pues pondrá de relieve y clarificará la teleología de la norma, criterio nunca desechable a la hora de interpretar las disposiciones de un ordenamiento.

La función de informar -tal cual la hemos descripto- se desarrolla con independencia de su reconocimiento en normas positivas; sin embargo, la mención por el ordenamiento positivo concreto de ese carácter respecto a los principios tiene consecuencias dentro del plano dogmático o filosófico. Así, como advierte Hernández Gil, significa "admitir o reconocer unos principios generales con vida o entidad propias, y no me-

ramente refleja...equivale a considerarlos penetrando en él (el ordenamiento) y no sólo emanando de él" (30).

Para poder informar hay que existir antes de aquéllo que ha de informarse, como hemos destacado en el apartado anterior. Es indispensable reconocerlo. En el plano genérico de los principios generales, como un todo abstracto, se discutirá la cuestión airadamente, pero si nos circunscribimos a la buena fe, creemos que nadie podrá simultáneamente reconocer que la buena fe informa al sistema jurídico, que infunde un sentido determinado al fenómeno total del Derecho, y sostener que es una creación de las normas positivas. Esto es un auténtico contrasentido; es negar la realidad en aras de un positivismo axiomático y nefasto. Dice con acierto Hernández Gil que "la buena fe no es una creación jurídica, sino un presupuesto" (31).

La buena fe por su contenido valioso, por su profunda conexión con la realidad de la sociedad, por encarnar las ideas morales básicas respetadas por el grupo desempeña un papel importantísimo como principio rector de la conducta compartida. Encarnando esta significación actúa respecto al Derecho como principio informador; principio informador de lo jurídico, en general, y de las normas concretas, en particular. La buena fe representa una de las ideas esenciales del fenómeno proteico que denominamos Derecho; no la única, pero sí una de las más trascendentes y comprensivas. Siendo ello así, surge como consecuencia lógica su elevada función conformadora y justificante de las normas jurídicas positivas que forman el conjunto de los diversos ordenamientos jurídicos.

El hecho de que el principio de buena fe actúe como informador de los ordenamientos, no trae aparejada la uniformidad de los distintos sistemas jurídicos vigentes, ni de los históricos. Hemos señalado que la función informadora de este principio significa una instancia

de legitimación y justificación del ordenamiento. No todo cuerpo legal lo toma en cuenta, aunque debería hacerlos. Hay que resaltar, sin embargo, que la escasa carga política de este principio y su vinculación más estrecha con ideas morales produce la casi unánime recepción del principio y sus corolarios por ordenamientos de los más diversos tintes políticos. De tal forma que como veremos más adelante (32) las legislaciones que se ubican dentro del llamado sistema codificado recogen la inspiración de este principio, desde las de origen romano o germánico, hasta las que rigen en países del área comunista; sucediendo algo similar con los sistemas de Common Law.

La buena fe como principio inspirador será siempre un elemento valioso como instancia de legitimación del ordenamiento, por lo menos en el área del Derecho privado. No obstante, reiteramos, no significa que encontraremos identidad de normas concretas, y posiblemente las derivaciones o corolarios del principio serán diversos. ¿A qué se debe esto? A varios factores. El primero de ellos, la inagotable fecundidad, esencial, del principio, para dar origen a normas específicas, normatividad que no se agota con su actualización. Por otro lado, las particulares circunstancias históricas, económicas, sociales de una determinada comunidad, en un momento dado, impulsan a los juristas y al legislador a buscar soluciones a los problemas que esas particulares condiciones plantean y en consecuencia descubrirán dentro de la inmensa gama de posibles corolarios, aquél o aquéllos que sean más indicados para la situación. Produciéndose diversas corrientes de desarrollo vital, serán forzosamente dispares los productos culturales que se generen. El Derecho, entendido como ordenamiento jurídico concreto, no escapa a esta regla.

3. FORMAS DE ACTUACION. COROLARIOS DEL PRINCIPIO.

¿Cuál es la forma en que actúa el principio informador respecto a las normas positivas? En síntesis, Hernández Gil describe estas tres formas de actuación y sus respectivas consecuencias; puede darse: a) la inspiración de normas positivas, pero sin enunciar expresamente el principio; b) la aparición del principio mencionado como una referencia en las normas positivas, pero sin otra especificación; c) la formulación matizada y más detallada del principio (33).

Ejemplo del primer grupo sería la norma del art. 1201 del Código civil argentino que dispone: "en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo". Claro ejemplo del segundo supuesto es la norma del art. 7.1 del Código civil español: "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". Para el tercer grupo resulta imposible formular un ejemplo basado en la buena fe, ya que todas las legislaciones que hemos analizado ubican a la buena fe en alguna de las dos hipótesis anteriores, pero imaginemos una norma como la siguiente: "los contratos deben ejecutarse de buena fe. Entiendese por tal el cumplimiento de lo pactado de acuerdo a los usos del tráfico del área económica correspondiente".

Las consecuencias varían según la forma de materialización de la función informadora. En el tercer caso, sostiene Hernández Gil que "si el legislador no se limita a recoger el principio, sino que lleva a cabo formulaciones del mismo, es posible que éste al perder la generalidad que le es inherente experimente cambios o variaciones, con lo cual uno será el principio en sí y otra la versión formulada" (34).

Compartimos esta opinión. En esta hipótesis el principio no pierde todas sus funciones; la norma que lo incorpora matizadamente no pasa de ser una norma inspirada en el principio. La actuación y utilización del principio en el ordenamiento no puede quedar circunscripta a la estricta formulación, pues los principios no pierden con su positivación ninguna de las características que definen su esencia.

En el ejemplo que hemos puesto de reducción de la buena fe a los usos del tráfico de cierto sector económico, no podrá sostenerse que un cumplimiento deshonesto, infiel o contrario a los valores respetados por la comunidad queda amparado por el dispositivo, pues más allá de la referencia especificada, el principio sigue existiendo por sí. Tal vez en el campo estrictamente positivo la invocación de la buena fe requiera la mención de otra norma, pero el principio no ha perdido lo que le es propio.

En el primer caso, es decir, cuando sin aparecer mencionado expresamente, inspira una norma concreta "el principio inspirador continúa teniendo vigencia como tal" (35). En esta hipótesis se ha transformado en norma positiva uno de los muchos corolarios que pueden extraerse del principio.

La segunda hipótesis es decir la mención sin desenvolvimiento es una "remisión o positivación del principio" (36). Nosotros creemos que hay positivación tanto en la hipótesis tercera, como en ésta. Si hay una diferencia entre ambas es el grado de revestimiento técnico que acompaña al principio en cuestión. Al igual que lo hemos sostenido en el caso de la mención concreta o especificada, insistimos en que la positivación en cualquiera de sus formas no implica nunca que los principios pierdan su carácter y potencialidad de tales. El hecho de que generalmente estos principios carezcan de formulación normativa positiva

no significa nunca que cuando la adquieran pierdan lo que es de su naturaleza; "no ha de confundirse la no necesidad de una formulación normativa -que es evidente- con la incompatibilidad del principio con su recepción por una norma legal" (37).

La creciente mención legal de los principios generales viene impuesta por el opresivo positivismo en que lamentablemente nos movemos. Si en aras del espíritu positivista, defensor de una supuesta seguridad, se ha rechazado la potencialidad de los principios por no encontrarse formulados en normas concretas, se comprende que el legislador haya sentido la necesidad de mencionarlos expresamente. Pero ello no agrega ni quita nada a los principios en sí, aunque obligue a quienes mantienen el reinado de las normas positivas a admitir lo que los demás admitíamos aun careciendo de dichas normas.

Hemos dicho que informar significa dar sentido, dotar de fundamento y justificación legitimante pero esto suena sumamente abstracto. Sin duda hay principios que orientan y han orientando en cada momento la acción de los diversos legisladores, guiándolos. El principio de buena fe inspira numerosas instituciones y consecuentemente las normas concretas que las receptan y regulan en cada ordenamiento jurídico particular.

Además de informar todo el ordenamiento, la buena fe desempeña siempre dentro del campo de esta función, una labor de inspiración concreta. Es el principio de buena fe el sustrato axiológico de muchas instituciones jurídicas; está en la base de elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales; se lo encuentra dando vida a variadas disposiciones. Este proceso de inspiración se manifiesta, pues, en dos direcciones, distintas aunque no contradictorias: la de la elaboración científico-jurisdiccional y la de la elaboración legal. Decimos que son dos

órdenes distintos aunque no contrapuestos ya que muchas veces las elaboraciones extra-legales, una vez que han alcanzado carta de ciudadanía en la totalidad del sistema jurídico en cuestión, son incorporadas por disposiciones expresas.

Siendo inagotable la fecundidad normativa del principio de buena fe son muchas las hipótesis en que aparece como fuente de inspiración de soluciones concretas en los ámbitos más dispares de la gama jurídica. No siempre se advierte con claridad la presencia de la buena fe; ello depende de la complejidad técnica con que se haya revestido al principio, pero sin lugar a dudas la carga valorativa de la buena fe como imposición de una conducta honesta y correcta aparece en ellas. Ruiz de Velasco afirma que la buena fe inspiradora del ordenamiento es la llamada buena fe objetiva, es decir aquella que incorpora en su significación un principio de conducta, una regla de comportamiento (38).

Sería sumamente extenso pasar aquí revista a todos aquellos dispositivos que reconocen en la buena fe el principio que los informa; hemos de limitarnos a mencionar algunos ejemplos. La cláusula '*rebus sic stantibus*', como base para la revisión del contenido de las declaraciones de voluntad, especialmente las de carácter obligatorio, constituye un corolario del principio de la buena fe (39). Otro tanto sucede con la máxima del '*venire contra factum proprio*'; la doctrina de los propios actos no representa un principio general del Derecho, sino un simple corolario del dogma de la buena fe (40). Al respecto afirma Wiaecker que "esta máxima expresa en forma tan inmediata la esencia de la obligación de comportarse de acuerdo con la buena fe que a partir de ella se alumbra la totalidad del principio" (41).

La protección de la apariencia en materia jurídica también viene inspirada por el principio general de buena fe (42).

Gorphe afirma con acierto que "en los contratos sinalagmáticos, la reciprocidad de la buena fe debida por cada una de las partes a la otra, es tal que ninguna puede reclamar a la otra la ejecución de su compromiso o prestación sin ofrecer ella misma lo que debe" (43); en efecto, se trata de la 'exceptio non adimpleti contractus' que es uno de los corolarios del principio general (44). También el pacto comisorio o facultad resolutoria constituye un corolario del principio general de la buena fe (45).

Amén de estas figuras genéricas, en cada ordenamiento jurídico podrían señalarse innumerables normas concretas que constituyen otras tantas aplicaciones del principio que nos ocupa (46).

Sin embargo, a pesar de que casi es unánime el reconocimiento de la buena fe como inspiradora de las instituciones mencionadas, hay quienes en un afán de lograr para toda institución una especialidad separada, han sostenido -como Wiaecker- que debe deslindarse del campo de la buena fe "el llamado derecho de conversión, en los casos de modificación del sistema monetario,... el derecho de revisión de los contratos ocasionado por la guerra... las especiales calamidades determinadas por los cambios económicos y sociales... los problemas de la base del negocio" (47). No obstante, el propio Wiaecker menciona como máximas a analizar dentro del tema, aunque con un marco casi exclusivamente procesal, las siguientes: "a) venire contra factum proprium, b) dolo agit qui petit quod statim redditurus est, c) tu quoque ('adquisición de mala fe de un derecho') y d) inciviliter agere o 'acción judicial claramente iniqua y desconsiderada'" (48).

El hecho de pretender lograr especificidad para las instituciones es encomiable, pero no puede significar el desconocimiento de los principios comunes que las inspiran e informan. No puede formu-

larse un catálogo cerrado de las normas o instituciones inspiradas en el principio de buena fe, pues la inagotable fertilidad del principio permite precisamente una adecuación constante a las necesidades que las concretas y particulares realidades de cada grupo social determinan.

4. EFFECTOS DERIVADOS DE LA FUNCION INFORMADORA DE LA BUENA FE

Del carácter informador de la buena fe derivan las demás funciones que a continuación analizaremos; precisamente porque el principio de buena fe informa todo el ordenamiento debe tenerse presente en la interpretación del mismo; por la misma razón, es criterio supremo de conducta con trascendencia jurídica; y también por su función informadora, es el criterio apto para integrar no sólo las declaraciones de voluntad provenientes de los particulares, sino del ordenamiento jurídico mismo.

¿Cuál es la utilidad de descubrir los principios informadores de una norma o una institución jurídica? Aquí radica la utilidad de la investigación; entendemos que la búsqueda de las instituciones y disposiciones informadas por el principio de buena fe no agota su razón de ser en la mera especulación teórica. El conocer el fundamento y fuente inspiradora de la normativa nos permitirá aplicarla con mayor precisión, interpretarla más ajustadamente, en fin, comprenderla cabalmente.

Además, pues, de las consecuencias que encarnan otras tantas funciones del principio de buena fe, hay otras dos que deben resaltarse. Reconocer el carácter informador del principio significa admitir, como afirmábamos más arriba, su pre-existencia respecto a las normas concretas positivas, su presencia en el ordenamiento legal y su jerarquía superior y no meramente subordinada.

En el cumplimiento de la función informadora "el principio no está a un nivel distinto en el ordenamiento jurídico puesto que le informa. Si la función es informadora, el principio que la cumple llega hasta la norma legal. No se identificará con ella más tampoco cabrá decir que éste ocupa un lugar inferior" (49). El principio actúa así con normatividad propia, no derivada; es una norma más dentro del ordenamiento y puede y debe ser aplicada.

Siempre ha provocado discusiones bizantinas el tema de la jerarquía de las fuentes del Derecho (en el sentido de fuentes formales); los principios generales han sido relegados a un plano inferior de la escala y sólo se les ha reconocido normatividad propia con carácter supletorio, en ausencia de ley o costumbre aplicable. Esto es un contrasentido. Si el principio informa al ordenamiento jamás puede quedar relegado. Ha sostenido con acierto García Valdecasas que "la función supletoria de los principios se basa en su condición de principios fundamentales, informadores del ordenamiento jurídico que los coloca virtualmente, por encima de las normas particulares, legales o consuetudinarias" (50). "La función informadora -dice Hernández Gil- del ordenamiento jurídico atribuida a los principios, significa que dejan de estar en una posición de reserva para ocupar un primer plano ordenador, en el amplio campo del ejercicio de los derechos" (51).

A pesar del expreso reconocimiento de esta función de los principios generales, ha podido algún autor sostener: "no creemos que bajo el carácter informador asignado por la nueva ley haya pretendido alterar tal orden; ni que con ello se pueda determinar o corroer el marco de la ley o de las costumbres, sino más bien entender que son ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación" (52); afirmaciones como éstas representan ejemplos claros del estricto

positivismo en que nos movemos.

El reconocimiento de la función informadora no significa decir que todo ha de regirse por los principios, y relegar la ley y la costumbre a un segundo lugar, sino más bien trae aparejada la necesidad de aplicar e interpretar las normas en función del principio que las informa, y en caso de controversia habrá que estar por la superioridad del principio. "En buena lógica no puede o no debe existir contradicción entre los principios informadores del ordenamiento jurídico y las normas particulares (leyes o costumbres) por ellos informadas. Y si tal contradicción existiera, es decir, si una ley o una costumbre infringiera un principio de Derecho Natural, u otro principio básico del ordenamiento positivo, el conflicto debería decidirse a favor del principio general superior por su propia validez y fuerza intrínseca" (53).

En virtud de la función informadora que les es esencial los principios dejan de ser el último grado de normatividad para pasar a integrar el ordenamiento jurídico dándole sentido y sirviéndole de fundamento. No están por debajo de las leyes, sino a la par, o incluso por encima de ellas. En función de esto las normas deben ser interpretadas de conformidad con el principio que las informa y en caso de conflicto, el principio debe prevalecer y servir de criterio de corrección de la norma.

Pero todo esto no puede quedar en una vacua declaración de propósitos. Es muy bueno reconocer esta verdad, pero el descubrir el valor verdad nos impone la obligación de actuar conforme a él. En consecuencia, no declamemos la función informadora del principio de buena fe para negarle, luego, tal carácter. No puede aceptarse una afirmación como la siguiente: "es cierto que los principios generales al informar todas las normas jurídicas, están por encima de ellas mismas. No obstante hay

que precaverse ya que los principios generales pueden significar la introducción dentro de las normas jurídicas de ideas cambiantes e interesadas...." (54).

El principio de buena fe -al igual que los demás principios generales- encarnan contenidos fundamentalmente valiosos, axiológicamente estimables. El reclamo de la seguridad, la advertencia contra el peligro que los principios generales pueden introducir, como consagración de la más absoluta arbitrariedad sólo puede producirse cuando se entiende que los principios son mera producción a posteriori del ordenamiento, caso en el cual no cumplen una función informadora legitimante.

Si admitimos la postura positivista que deriva los principios del ordenamiento concreto, la consecuencia inmediata es que cualquier idea por arbitraria o injusta que fuera, sería principio general, sin importar su contenido.

Los principios generales son pautas orientadoras en la adopción de soluciones normativas y es en aplicación de esa función cuando la carga axiológica del principio se pone de relieve para organizar y seleccionar los criterios posibles, de acuerdo a una jerarquía estimativa adecuada a las circunstancias de la comunidad concreta.

- (1) Diccionario de la Real Academia Española, 19a. edic., Madrid, 1970.
- (2) DE CASTRO, F. "Derecho Civil de España. Parte General", 3a. edic., Inst. de Estu. Políticos, Madrid, 1955, T. I, p. 464.
- (3) Idem nota anterior.
- (4) Idem.
- (5) DEL VECCHIO, G. "Los principios generales del derecho" (trad. Ossorio Morales), 3a. edic., Bosch, Barcelona, 1979, p. 64.
- (6) Idem nota anterior, p. 111.
- (7) Ver FERNANDEZ VILLAVICENCIO, F. "El sistema de fuentes" en "Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil" (Colegios de Abogados y Colegio Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña), Barcelona, 1975, p. 237.
- (8) Ver QUINTANA REDONDE, C. "Las fuentes del Derecho en el nuevo Título Preliminar del Código civil", en "Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil" (Colegio de Abogados y Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación), Valencia, 1975, p. 9 y ss, en especial, p. 26.
- (9) BATLLE VAZQUEZ, M. comentario al art. 1.4 del Código civil en "Comentarios al Código civil y a las legislaciones forales" (colección dirigida por Albaladejo), Edersa, Madrid, T. I, 1978, p. 57 y 58.
- (10) CADARSO PAIAU, J. Comentario al art. 1.4 del Código civil español en "Comentarios a las Reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código Civil", Tecnos, Madrid, 1977, Vol. I, p. 70 y ss., en especial, p. 72.
- (11) Idem nota anterior, p. 74.
- (12) Idem.
- (13) Idem.
- (14) VILLAR PALASI, J. "La interpretación y los apogemas jurídico-lógicos" (discurso de recepción) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975, p. 129.
- (15) Idem nota anterior, p. 131.
- (16) Idem nota 14, p. 140.
- (17) LLUIS Y NAVAS, J. "Analogía y diferencias entre los principios generales del Derecho y el espíritu de la ley", en R.G.L.J., t. LXXXIV, (1982), p. 519 y ss, en especial, p. 530.

- (18) DIEZ PICAZO, L. - GULLON, A. "Sistema de Derecho Civil", 4a. edic., Tecnos, Madrid, 1981, Vol. I, pag. 174.
- (19) GARCIA VALDECASAS, G. "Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil", en A.D.C., t. XXVIII (1975), p. 331 y ss; en especial, p. 333.
- (20) Idem nota anterior, p. 332.
- (21) HERNANDEZ GIL, A. "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe" (discurso de apertura de curso) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, p. 44.
- (22) DIEZ PICAZO, L.-GULLON, A. ob. cit. en nota 18, p. 174 (el subrayado es nuestro).
- (23) QUINTANA REDONDO, C. ob. cit. en nota 8, p. 26 (el subrayado es nuestro).
- (24) Idem nota anterior.
- (25) VILLAR PALASI, J. ob. cit. en nota 14, p. 7 (el subrayado es nuestro).
- (26) GARCIA VALDECASAS, G. ob. cit. en nota 19, p. 332.
- (27) SACCO, R. "La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato", Giappichelli, Turín, 1949.
- (28) Idem nota anterior, p. 19.
- (29) Si no puede imponerse a todos los juristas un interés por la Filosofía del Derecho, obligándolos a imprimir a sus investigaciones un tono consecuente; tampoco es acertado prohibirles tales inquietudes y sostener que con quedarse en el estrecho marco del "aquí y ahora" jurídico hayan satisfecho su función de científicos.
- (30) HERNANDEZ GIL, A. "La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981, p. 52.
- (31) HERNANDEZ GIL, A. "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980, Cap. III, p. 173 y ss, en especial, p. 173.
- (32) Ver Cap. IX, Secc. I.
- (33) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 21, p. 44 y ob. cit. en nota 31, p. 179.
- (34) Idem nota anterior.
- (35) Idem.
- (36) Idem nota 33. Véase también, GARCIA VALDECASAS, G. ob. cit. en nota 19, en especial, p. 333.
- (37) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 31, p. 182.
- (38) RUIZ DE VELASCO, J. "La buena fe como principio rector del orde-

namiento jurídico español", en R.G.L.J., t. LXXII (1976), p. 547 y ss. en especial, p. 548.

- (39) Ver, por ej., VON THUR, A. "La buena fe en el Derecho romano y en el derecho actual", (trad. Roces), R.D.P. t, XII, (1925), en especial, p. 341; WIAECKER, F. "El principio general de la buena fe" (trad. Carro), Civitas, Madrid, 1977, en especial, p. 77; LARENZ, K. "Derecho de Obligaciones" (trad. Santos Briz), Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1958, en especial, p. 154.
- (40) Sobre el tema véase especialmente, DIEZ PICAZO, L. "La doctrina de los propios actos", Bosch, Barcelona, 1963; WIAECKER, F. ob. cit. en nota anterior, p. 60 y ss.; ZORRILLA RUIZ, M. en CARBONNIER, J. "Derecho civil. Estudio introductorio", Bosch, Barcelona, 1971, T. II, Vol. II, en especial, p. 401; ENNECERUS, L.-KIPP, Th.-WOLFF, M. "Tratado de Derecho Civil. Parte General" (trad. Pérez González y Alguer), Bosch, Barcelona, 1935, T. I, Vol. II, en especial, p. 482; LARENZ, K. ob. cit. en nota anterior, T. I, p. 151 y ss.
- (41) WIAECKER, F. ob. en nota 39, lug. cit. en nota anterior.
- (42) En especial, ver LADARIA CALDENTREY, J. "Legitimación y apariencia jurídica", Bosch, Barcelona, 1952, y la bibliografía allí citada.
- (43) GORPHE, F. "Le principe de la bonne foi", Dalloz, Paris, 1928, p. 74.
- (44) Sobre el tema, ver: ZANA, M. "La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento", en Riv. Trim. Dir. Proce Civ., 1972, p. 1376 y ss. y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 353 y ss, y la bibliografía allí citada.
- (45) Conf. ENNECERUS-KIPP-WOLFF. "Tratado de Derecho Civil. Derecho de obligaciones" (trad. Pérez González y Alguer), Bosch, Barcelona, 1933, T. II, Vol. I, en especial, p. 20; LARENZ, K. ob. cit. en nota 39, p. 150 y ss; ZANA, M. ob. cit. en nota anterior.
- (46) Ver ejemplos en Cap. IX.
- (47) WIAECKER, F. obl cit. en nota 39, p. 26.
- (48) Idem nota anterior, p. 60.
- (49) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 31, p. 179.
- (50) GARCIA VALDECASAS, G. ob. cit. en nota 19, p. 335.
- (51) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 21, p. 45 y ob. cit. en nota 31, p. 180.

- (52) QUINTANA REDONDO, C. ob. cit. en nota 8, p. 26.
- (53) GARCIA VALDECASAS, G. ob. cit. en nota 19, p. 335.
- (54) FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, F. ob. cit. en nota 7, p. 236.

CAPITULO VI

LA BUENA FE EN EL PROCESO DE INTERPRETACION

Sumarios:

1. La buena fe en la interpretación de normas legales.
2. La buena fe como criterio de interpretación de las normas derivadas de la voluntad de los particulares.
 - A. ¿Intención de las partes o norma objetiva? El Derecho como proceso de comunicación.
 - B. Declaraciones de voluntad de tipo contractual y declaraciones de última voluntad.
3. Consecuencias de la aplicación del principio de buena fe en el proceso de interpretación.

No nos ocuparemos ahora del proceso interpretativo necesario para llegar a desentrañar el sentido que debe darse a la expresión buena fe, sino la influencia que el principio ejerce en la interpretación de otras normas, sean derivadas de la autoridad estatal, sea proveniente de la declaración de voluntad de los particulares.

No hemos de repetir aquí consideraciones que hemos formulado ya sobre la naturaleza de la tarea interpretativa y su carácter indispensable (1). Toda norma requiere de un proceso de comprensión, única forma apta para descubrir el sentido; esta necesidad de interpretación se ve reforzada por ser el lenguaje, la forma de manifestación de la normativa jurídica (2). Sostiene con acierto Degni que no es posible establecer una fórmula única en cuanto a los criterios a utilizar para llevar a cabo la interpretación; la mayoría de los criterios de interpretación son relativos, sin perjuicio de que algunos tengan una validez más general (3). Criterios lógicos, gramaticales, históricos, sociales, etc. deben coadyuvar a la obtención del resultado último de la interpretación, esto es el descubrimiento del sentido de la norma o de la declaración en cuestión.

La referencia a la buena fe dentro de los criterios o factores sociales y más específicamente entre los de orden moral. En este sentido, ha podido sostenerse que "uno de los factores sociales que más directamente debe influir en la aplicación del Derecho es, sin duda, el sentimiento moral de un pueblo dado, en una determinada época" (4). ¿Cuál es el objetivo que corresponde a la moral social en el proceso interpretativo? Según el citado autor, la moral social funciona "como medio de interpretación dirigido a atemperar las consecuencias, demasiado rígidas y absolutas de las leyes" (5). Esta función de flexibiliza-

ción es la desarrollada por la buena fe y por otros conceptos de "relajamiento del ordenamiento jurídico", para utilizar la terminología de Engisch. Su funcionamiento implica que las normas deben interpretarse en armonía con los dictados de la buena fe, es decir en conformidad con las normas de moral social, con los valores aceptados por la comunidad. Entre los principios de interpretación "universalmente reconocidos", menciona Esser en quinto lugar "el principio de corroboración y complemento del texto por medio de reglas objetivas, sobre todo principios generalmente reconocidos, usos del tráfico, buena fe" (6).

1. LA BUENA FE EN LA INTERPRETACION DE NORMAS LEGALES

Lo que hasta aquí hemos dicho parece de pura lógica, casi una perogrullada, pero a poco que andemos el problema se complica. Cuando se hace referencia a la buena fe como criterio de interpretación, se circunscribe su análisis a las normas de tipo contractual, o -a lo sumo- se amplía la regulación a las declaraciones de voluntad en general (7); pero, nos preguntamos ¿por qué ni los autores, ni los legisladores, mencionan la buena fe como criterio para abordar la interpretación de las normas jurídicas originadas en los órganos del Estado? ¿Por qué no se dice que las normas legales deben interpretarse en el sentido en que de buena fe pueden ser entendidas? (8).

Cuando la remisión a la buena fe constituye el núcleo de la consecuencia jurídica en la estructura de la norma, el intérprete debe primero dotar de contenido al concepto indeterminado normativo y luego avanzar en la interpretación completa de la norma; el camino a recorrer a partir de la determinación de lo que debe entenderse por buena fe será corto y a que la sustancia de la norma será la regla que sur-

ge del principio en sí. Algo más complicado será el procedimiento si la referencia a la buena fe aparece en el supuesto de hecho, pero de una u otra forma, la buena fe no es utilizada en sentido propio como criterio de interpretación, no se interpreta según lo que de buena fe puede o debe entenderse, que es precisamente lo que significa ~~por~~ interpretar de acuerdo a la buena fe en el ámbito de las declaraciones de voluntad. (9).

Tratemos de ver si la buena fe puede utilizarse como criterio para interpretar una norma legal cualquiera; eliminemos aquellas que se refieren o remiten al principio de la buena fe, para quedarnos con una disposición legal sin tal contenido. Por ejemplo, el art. 950 del Código civil portugués dispone: "1. Pueden recibir donaciones todos los que no estén especialmente inhibidos por disposición legal para hacerlo. 2. La capacidad del donatario es fijada en el momento de la aceptación". ¿Qué cabida encontraría la buena fe en la interpretación de esta norma? Creemos que de haberla sería muy escasa. Veamos otro ejemplo, el art. 1065 del Código civil español dispone que "los títulos de adquisición o pertenencia serán entregados al coheredero adjudicatario de la finca o fincas a que se refieren"; tampoco parece que aquí la buena fe pueda utilizarse como criterio de interpretación. Algo similar ocurre en el caso de la norma del art. 404 del Código civil español que ordena que "cuando la cosa fuere esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio"; la buena fe queda fuera de la actividad de interpretación de esta norma.

Alguien podría decir que teniendo en cuenta que la doctrina y la legislación sólo se ocupa de la buena fe como criterio de interpretación de las normas pacticias, y sumado el hecho de que hemos visto que no funciona en la interpretación de algunas normas legales

escogidas al azar -operación que, por otro lado, podría multiplicarse-, la conclusión es clara: la buena fe no funciona como criterio de interpretación de las normas legales más que cuando el legislador introduce ese elemento en la norma misma. La afirmación no es del todo errada, hay sí algunas normas legales, que, sin remitir a la buena fe, ni utilizarla para definir el supuesto de hecho, dejan margen para que el intérprete recurra a este principio en la tarea de descifrar el sentido de la disposición.

Creemos que hay dos grandes grupos de normas en cuya interpretación la buena fe juega un papel importante. En el primer grupo incluiremos aquellas normas que generan derechos o deberes específicos; ya hemos visto que una de las funciones que desempeña la buena fe es la de ser límite al ejercicio de los derechos, o con mayor precisión, límite de la conducta admisible. El principio de buena fe actúa en esta función con independencia de su reconocimiento específico por parte de los textos legales. Siendo así, la interpretación de toda norma que genere derechos o deberes en cabeza de un sujeto, deberá interpretarse conforme a las normas que surgen del principio de buena fe. En el otro grupo incluiremos aquellas normas que sin establecer derechos o deberes, resultan claramente inspiradas en el principio y por tanto, siendo informadas por éste, requieren su intervención al tiempo de desentrañarse su sentido. Veamos algunos ejemplos.

La disposición del art. 1119 del Código civil español establece que "se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente su cumplimiento". Sin duda, en esta hipótesis la buena fe será uno de los criterios hermenéuticos útiles, puesto que la norma no hace más que incorporar en forma expresa una de las múltiples reglas derivadas del principio de buena fe que impone una actua-

ción honesta, correcta y leal. Algo similar ocurre, por ejemplo, en el caso del art. 708 del Código civil argentino que dispone -en materia de obligaciones solidarias- que "el acreedor que hubiese cobrado el todo o parte de la deuda, o que hubiese hecho quita o remisión de ella, queda responsable a los otros acreedores de la parte que a éstos corresponda, dividiendo el crédito entre ellos. La norma responde a lo que la buena fe impone a quien es coacreedor de una obligación solidaria, y por lo tanto el principio deberá estar siempre presente en la interpretación del mandato legal. También aparece la buena fe, la honestidad contractual tras la norma que dispone que "el deudor constituido en insolvencia y los que lo representan no pueden reclamar el plazo para el cumplimiento de la obligación" (10). En todas estas hipótesis la intervención del principio de buena fe en el proceso hermenéutico viene impuesta por el hecho de que se trata de normas claramente informadas por este principio general. La función del principio será más que todo la de guiar la actividad del intérprete, en el proceso interpretativo. Al respecto afirma Larenz que "frecuentemente una regulación se apoya también en un principio jurídico general que, una vez conocido, permite una detallada puntualización de su contenido y de su alcance" (11).

Más activa resulta la intervención de la buena fe en el proceso hermenéutico en la otra hipótesis, esto es la de las normas que establecen derechos y deberes, porque aquí la buena fe, si bien en forma mediata, a través de la interpretación, actuará como norma de conducta. Será una guía en la interpretación pero contribuirá activamente incorporando elementos de juicio. Tomemos un ejemplo; el art. 1565 del Código civil portugués dispone que "1. El derecho de servidumbre comprende todo lo que es necesario para su uso y conservación. 2. En caso de duda en cuanto a la extensión o modo de ejercicio se entenderá constituida la

servidumbre de forma de satisfacer las necesidades normales y previsibles del predio dominante con el menor perjuicio para el predio sirviente"; en este caso la buena fe jugará un papel importantísimo en la interpretación de la norma, sobre todo en la determinación de lo que sea "necesario para el uso y la conservación", o "las necesidades normales y previsibles" y "el menor perjuicio para el predio sirviente". No es sin embargo un supuesto de integración, sino de mera especificación de la normativa legal. No falta la regulación, ni hay que corregirla; la norma existe y su contenido es completo pero hay que especificarlo por vía de interpretación y la buena fe jugará un papel fundamental en la tarea.

Veamos otro ejemplo; el art. 1554 del Código civil argentino dispone que "el locatario está obligado a limitarse al uso o goce estipulado, de la cosa arrendada, y en falta de convenio al que la cosa ha servido antes o al que regularmente sirven cosas semejantes", Otra vez aquí se habrá un camino para la introducción del principio de buena fe que junto a otros criterios de interpretación contribuirá a determinar lo que sea el uso "al que regularmente sirven cosas semejantes".

La disposición del art. 524 del Código civil español también da pie a la participación de la buena fe en el proceso hermenéutico; este artículo dispone que "el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque esta aumente..."; sin lugar a dudas la buena fe participará en la determinación o mejor dicho interpretación de "los que baste a las necesidades del usuario y la familia".

Si bien se ve, en estas hipótesis de intervención de la buena fe en el proceso hermenéutico de normas legales, la introducción del principio viene impuesta por la existencia en la norma respectiva de elementos en cierta medida abiertos y que obligan a mirar a la rea-

lidad y a las reglas de moral social aplicable a las relaciones jurídicas, para especificar debidamente su contenido; son todos ellos vías para la incorporación -vía buena fe- de la realidad social, de los valores imperantes, de la moral social, de lo que se considera honesto y correcto por un determinado conjunto humano en una época dada, permitiendo así el constante "aggiornamento" del ordenamiento legal.

2. LA BUENA FE COMO CRITERIO DE INTERPRETACION DE NORMAS DERIVADAS DE LA VOLUNTAD DE LOS PARTICULARES.

Ya decíamos que es en materia contractual donde el tema de la función interpretativa de la buena fe se ha manifestado con más fuerza. Sostiene con acierto Enneccerus que "no hay reparo alguno en aplicar -el principio- igualmente a declaraciones unilaterales" (12). Nosotros pensamos que la buena fe es criterio útil y necesario para la interpretación de todas las declaraciones de voluntad sean unilaterales o bilaterales, aumentando su importancia cuando se trata de declaraciones recepticias; pero siempre habrá que formular algunas matizaciones diferenciales.

Antes de adentrarnos en el tema conviene hacer algunas salvedades. Es importante diferenciar el tema que aquí abordaremos de lo que hemos de calificar como integración del negocio.(12')

Los supuestos en que corresponde integrar -por vía del principio de buena fe- el estatuto regulador de una determinada relación son, a nuestro juicio, dos: la falta de regulación de una hipótesis dada y la necesidad de corregir una regulación contraria a la buena fe; en ambos casos el principio actúa como factor de complementación o corrección de la regulación (13). En la situación que analizamos

ahora no estamos frente a ninguna de estas hipótesis.

Mediante la interpretación se pretende descubrir el sentido de una determinada declaración; no hay una laguna sino una expresión que puede ser más o menos confusa y que producirá diferentes grados de dificultad en la tarea del intérprete, pero no es necesario completar. En cuanto a la posibilidad de corrección, si bien es cierto que la interpretación puede actuar en forma correctora, no alcanza el mismo nivel que la corrección por vía de integración. Por lo general, la modificación que puede introducirse vía interpretación no afecta a la sustancia de la regulación o declaración estudiada, sino que se limita a aspectos secundarios; en la mayoría de los casos a perfeccionar defectos de expresión.

Para hacer más clara la diferenciación entre estas dos operaciones, diremos que la interpretación procede a corregir cuando se da el supuesto: "idea clara/expresión defectuosa"; la integración, en cambio, tiene su base en el supuesto: "idea oscura o contraria a la buena fe".

Estos, como otros intentos de diferenciar netamente ambas funciones del principio de buena fe, tiene un interés más pedagógico que demostrativo de una realidad tajantemente diversa. Interpretación e integración son operaciones que en el iter dinámico del Derecho actúan íntimamente relacionadas, e incluso, de tal forma conectadas que resulta difícil decir cuando hay interpretación pura y cuando integración pura.

No siendo la buena fe el único de los factores a utilizar en la interpretación de la voluntad de las partes o del sujeto declarante, hay quienes han pretendido formular un orden jerárquico en la aplicación de estos criterios, idea que se ha traducido en muchos ordenamientos legales, en la formulación detallada de una escala de utilización: literalidad, intención de los contratantes, usos sociales, etc.,

dejando por lo común la buena fe en último lugar. Así sucede con las normas del art. 1281 y siguientes del Código civil español, o con las contenidas en los art. 217 y siguientes del Código de comercio de Argentina. Nosotros entendemos que no puede ni debe fijarse un orden jerárquico de utilización de las herramientas o instrumentos de trabajo con que se dote al intérprete para llevar a buen término su función.

A. ¿INTENCION DE LAS PARTES O NORMA OBJETIVA? EL DERECHO COMO PROCESO DE COMUNICACION.

¿Qué quiere decir interpretar de acuerdo a la buena fe?

La doctrina ha respondido en términos variados a esta pregunta, señalando unas veces que con la referencia a la buena fe se pone de relieve que han de interpretarse tales disposiciones de acuerdo a lo que de buena fe pudo entenderse que decían; poniendo el acento, en otras ocasiones, en el descubrimiento de la verdadera intención o voluntad de las partes; a menudo remitiendo a lo que normalmente debe entenderse de acuerdo a la buena fe.

Gorphe sostiene que "interpretar los actos jurídicos según la buena fe, es sobre todo, buscar y respetar la verdadera intención del declarante o de las partes" (14); pero esta teoría suscita algunos interrogantes. ¿Qué sucede si la auténtica intención de las partes ha sido establecer algo contrario a la buena fe? ¿Qué ocurre cuando una de las partes impone a la otra la aceptación indiscutida de condiciones generales?

Emeccerus prefiere referirse a lo que de buena fe puede entenderse que quería afirmarse, en estos términos: "la emisión y la recepción de la declaración, como también la total conducta de las per-

sonas que son sujetos del negocio, se deben, pues, interpretar como suelen hacerlo los hombres de bien en iguales circunstancias" (15). La claridad del pensamiento se ve un poco nublada por la referencia a los hombres de bien, en lugar de referirse directamente a las normas del principio de buena fe. En una línea similar, ha sostenido Saleilles que "la interpretación deberá hacerse como todo hombre de buen sentido y de equidad lo hubiera hecho, teniendo en cuenta las circunstancias que explican los términos de que se ha servido" (16).

Otros autores entienden que la interpretación debe atenderse a la declaración expresada, para sacar de ella las consecuencias verosímiles o normales, según los usos, la equidad y la lealtad de las relaciones sociales(17).

En nuestra opinión la interpretación de los contratos y demás declaraciones de voluntad de acuerdo a la buena fe no implica tanto la remisión al espíritu que movió al o a los emisores de la declaración, sino a lo que de acuerdo con la buena fe quiso decirse. Esta forma de entender la actuación de la buena fe como criterio hermenéutico tiene su base en la presunción de que las partes actúan de acuerdo a las reglas encarnadas por el principio y además que una actuación conforme a esas reglas es exigida en el ejercicio de todos los derechos, y la emisión de declaraciones de voluntad con trascendencia jurídica es, sin duda, en sentido amplio, el ejercicio de un derecho.

Nos inclinamos por la posibilidad objetiva entre las que el propio Gorphe señala. Dice este autor que en la interpretación pueden seguirse dos caminos: uno "subjetivo", retrotrayendo la expresión aparente y dudosa a su verdadera significación, y otro, "objetivo", atribuyendo a la expresión cierta, una voluntad apropiada (18). Dentro de esta opción el autor francés se inclina por ubicar a la buena fe en la

primera posibilidad; "es evidente -nos dice- que el papel directivo de la buena fe será más marcado en el primer caso...Es la función de carácter subjetivo, intencional, espiritual (opuesto a literal) de la interpretación" (19). No compartimos este criterio; la referencia a la buena fe no significa la incorporación expresa de la intención de las partes, sino más bien la de las normas objetivas contenidas en el principio.

No es acertado criticar la solución objetiva, como parece argüir el propio Gorphe, entendiendo que por esta vía se conduce a un estricto literalismo. La incorporación de la buena fe como criterio de interpretación no significa el apegarse estrictamente a lo que las partes literalmente dicen, sino a lo que las normas de buena fe indican como contenido de las expresiones empleadas.

La adopción de una postura subjetivista, de búsqueda de la intención real de las partes conduce a un problema serio cuando las partes tenían una intención contraria a la buena fe. ¿Puede, en aras de la autonomía de la voluntad, permitirse que las partes se aparten de estos criterios rectores? Nosotros entendemos que no; por eso recurrimos a la buena fe para la interpretación, no como búsqueda de la intencionalidad concreta de las partes, sino como criterio normativo propiamente dicho. El fundamento de esta negativa radica, una vez más, en que la buena fe es la norma que rige la total actividad humana con trascendencia jurídica; es una norma básica para la armónica convivencia social, para el logro de valores jurídicos, para el respeto indispensable de las normas morales aceptadas por el grupo. Resulta indiferente que sea positivada o no, es la norma que está en la base de todo ordenamiento. Si aceptamos esta premisa, no podemos aceptar que las partes se aparten del cumplimiento de sus disposiciones.

- Reconocemos que es ésta una cuestión intensamente deba-

batida. Autores de la importancia de Enneccerus parecen admitir la posibilidad de que las partes se alejen de la buena fe; en este sentido sostiene que no podrá recurrirse a las normas de la buena fe "cuando diverge la declaración de voluntad, o cuando, según la conforme voluntad de las partes, las declaraciones deben tener significación distinta de la que resultase de su interpretación con arreglo al parágrafo 157" del B.G.B. que es el que contempla a la buena fe en función interpretativa (20).

A pesar de estas afirmaciones, en el fondo el pensamiento del autor es distinto. Dejemos que sea él mismo quien amplíe su opinión. Hay, pues, que recurrir a la buena fe; "esto no sólo rige cuando la voluntad interna es dudosa, sino también cuando evidentemente había una voluntad distinta. Si la declaración se emitió conscientemente en un sentido distinto de aquel en que había de ser entendida según la buena fe, y los usos del tráfico, no se toma en cuenta a título de reserva mental la dirección divergente de la voluntad" (21).

Esta última es la correcta inteligencia del problema. La voluntad de las partes no puede apartarse de las normas objetivas de la buena fe para consagrar unas que sean contrarias; y si lo hacen recordemos que los hombres no siempre actúan como deben- no podrá ampararse luego en la decisión de los jueces.

"Cuando sin violarse la buena fe y por desconocimiento de los usos del tráfico se ha pensado otra cosa que (en caso de ser recepticia la declaración) la otra parte no podía conocer, la declaración vale en el sentido que determinan la buena fe y los usos del tráfico, pero es impugnabile bajo los requisitos que sabemos: error" (22) por parte del declarante. En resumen, el criterio de Enneccerus podría sintetizarse así: la buena fe como factor de interpretación significa la búsqueda no de la intencionalidad de las partes, sino del entendimiento conforme

a la buena fe, de lo declarado. Ese es también el sentido que nosotros atribuimos a la buena fe en materia de interpretación. En la misma línea Danz afirma que "la interpretación, tanto la que versa sobre las declaraciones de voluntad del legislador, como la que se refiere a las que producen los particulares, es decir, a los negocios jurídicos,... no tiene por qué ocuparse de determinar intenciones, porque su misión es, exclusivamente, aclarar las declaraciones de voluntad" (23).

Gorphe critica duramente la posición en la que nos enrolamos, e insiste en que lo que debe buscarse mediante la buena fe es la intención real de las partes; afirma que "no es necesario recurrir a teorías sutiles o ingeniosas, como aquellas elaboradas por los autores alemanes, para determinar cómo debe ser hecha una interpretación conforme a la buena fe, si uno se atiene todas las veces que es posible al respeto de las intenciones" (24).

No advierten los sostenedores de la postura subjetiva que dicha tesis puede conducir a resultados profundamente disvaliosos. Unas veces, disvaliosos para la comunidad toda, cuando merced al recurso exclusivo a la intencionalidad de las partes, se ampare la violación de normas básicas de la sociedad. En otras ocasiones, lo disvalioso de la solución además de este carácter general, implicará perjuicios a alguna de las partes contratantes; tal sería el caso de las llamadas condiciones generales de los contratos, o el más específico de los contratos de adhesión en que una de las partes impone a la obra la aceptación lisa y llana de ciertas cláusulas.

Gorphe crea una excepción a su regla de interpretación por la intención, precisamente en el caso de los contratos de adhesión; "sería contrario a la buena fe que una de las partes pudiera prevalerse de una cláusula que ella ha sustraído a la atención de la otra o que

ella ha permitido que quede ignorada...la justicia debe restablecer el balance en beneficio de la buena fe" (25).

La vigencia del principio de buena fe es irrenunciable; las partes no pueden eludir su aplicación. Así lo reconoce Larenz quien insiste en que el principio no puede ser revocado por voluntad de las partes (26). El respeto de la autonomía de la voluntad pudo ser un lema absoluto en otro tiempo, pero hoy no puede negarse que el ámbito en el que la autonomía de los particulares campea está limitado por consideraciones estimativas y de carácter general.

Podrían acusarnos de sostener una postura "dirigista", que niega la libertad de las partes. En nuestra defensa diremos que hay que reconocer -y así se ha hecho unánimemente- que los derechos no pueden ejercerse en forma absoluta, desarticulada del interés social, de las mínimas normas de convivencia y respeto mutuo, y esto también rige para el derecho de contratar y emitir declaraciones con trascendencia jurídica. No hemos inventado nada nuevo; desde antiguo, los ordenamientos fijaban ciertos límites a la voluntad de las partes, tal es el caso -por ejemplo- de las condiciones prohibidas, o de los negocios jurídicos que tenían objetos contrarios a la moral, el orden público o las buenas costumbres. Se nos dirá que cada uno es dueño de obligarse a lo que se le ocurra y no negamos ese derecho; lo que sucede es que en esa hipótesis nosse recurrirá a solicitar protección jurisdiccional para que se interpreten las normas contractuales.

El Estado no puede proteger voluntades contrarias a las normas básicas de convivencia, entre las que destaca con brillo propio la buena fe. Negar protección a declaraciones de voluntad contrarias a la buena fe no significa desentenderse de la realidad vital, sino remarcar que, producido un conflicto, deberá atenderse a la buena fe para in-

interpretar las normas surgidas de esa voluntad, pero independizándolas de la intención de las partes. Por supuesto que no habiendo contradicción entre lo pactado y la buena fe podrá atenderse a la voluntad del o los declarantes, pero el caso no presenta interés pues, matiz más matiz menos, siempre esa voluntad será manifiesta derivación del principio de buena fe.

El Derecho es un medio de comunicación, y no sólo porque se valga del lenguaje, de las palabras, para manifestarse (e incluso para pensarse), sino porque en su esencia consiste en la comunicación de ciertos mensajes entre los hombres. Así lo ha observado Hernández Gil al sostener que "el lenguaje y el derecho son dos productos culturales muy próximos entre sí. La similitud radica en que el derecho está enunciado en el lenguaje...pero la mayor sinonimia...consiste...en que el derecho, como el lenguaje, desempeña una función comunicativa en la convivencia social, por lo que es otro lenguaje" (26'). Siendo ello así se comprende por qué no basta con atenerse a la intención del declarante, sino que hay que poner atención también a la comprensión del destinatario.

Todo proceso de comunicación incluye los siguientes elementos: emisor, receptor, mensaje, código y canal. Si trasladamos este esquema al marco de una declaración de voluntad recepticia, el canal sería el medio utilizado para transmitir el mensaje; podría ser un instrumento público, uno privado, o cualquier otro medio de manifestación admitido por el Derecho; también es canal de comunicación la palabra. El mensaje que se emite llega al receptor a través de palabras, cualquiera sea el continente en que ellas se materialicen. El código es el conjunto de significaciones atribuidas a los símbolos utilizados en el mensaje.

El mensaje es la declaración de voluntad en sí. El proceso de comunicación es el siguiente: el emisor piensa algo, quiere algo, jurídicamente es aquí donde radica la "intención"; lo expresa en palabras que escoge de acuerdo al código; formula, entonces, un mensaje que llega al receptor que, para entenderlo, debe "de-codificarlo", es decir, debe vaciarlo de palabras para descubrir su sentido. Todos los problemas en el proceso de comunicación se operan por fallas en algunos de estos elementos o procesos; ¿qué sucede si el código que utilizan ambos sujetos es distinto? ¿qué pasa si el canal no funciona bien? El mensaje se distorsiona.

Cuando en materia jurídica hablamos de interpretación no podemos olvidar estas nociones. El proceso de comunicación está presente tanto en las normas legales, como en las declaraciones de voluntad de los sujetos particulares.

Díez Picazo ha puesto de relieve la operación de "decodage" que implica la interpretación de las normas, con lo cual resalta la operación hermenéutica no tiene por meta los textos, sino las normas en ellos expresadas. En este sentido afirma que "se ha señalado con bastante agudeza que si el lenguaje legal, espontánea o conscientemente, tiene, como hemos visto ...mucho de cifra o de clave, la labor del intérprete, para llegar a detectar la genuina norma, es una labor de 'decodage' " (27), para agregar luego: "me parece un grave error confundir la interpretación de las normas con la interpretación de los textos. La interpretación de textos es una 'hermenéutica' pero la hermenéutica no agota el campo de la interpretación jurídica, sino que es un instrumento para ella" (28).

La interpretación si realmente desea ser la búsqueda y el descubrimiento del sentido de la declaración no puede reducirse a

considerar uno de los elementos del proceso de comunicación. No puede pensarse sólo en dar preeminencia a la intención, o a las palabras, o a lo que el otro entiende, o a las fórmulas frías del canal utilizado. Todos los elementos deben ser considerados, todos deben coadyuvar al logro del fin propuesto.

Si ponemos el acento en la intención del emisor de la declaración caemos en un subjetivismo equívoco. Algo similar nos ocurre si sólo nos atenemos a lo que el receptor entiende. Hay que buscar un parámetro objetivo que permita aplicarse a ambos. La buena fe puede cumplir esa función porque el emisor debe actuar de buena fe al emitir la declaración y el receptor debe entender la declaración también de acuerdo a las reglas de la buena fe.

Cuando recurrimos a la intención del declarante, sin más calificativos, corremos el riesgo de que éste aduzca que su intención era una determinada -contraria a la buena fe- o, incluso, marcadamente ilegal-. Si recurrimos al entendimiento del receptor, éste podría aducir que comprendió el mensaje en un sentido abiertamente contrario al de la buena fe. Si nos atenemos al mensaje considerado aisladamente de quien lo produjo y de quien debió entenderlo, corremos el riesgo de introducir una voluntad -la del intérprete- ajena al mensaje mismo, o el peligro de llegar a una interpretación literalista.

Interpretar es un proceso siempre complejo que no se circunscribe a uno solo de los elementos del proceso de comunicación, pues si llegáramos al ese absolutismo habríamos eliminado la auténtica comunicación. Un concepto con una carga de moral social y respeto mutuo tan marcada como es el principio de buena fe es la forma adecuada para encarar la interpretación compleja del mensaje, de lo que el emisor pretendió decir y de lo que el receptor debió entender, porque precisamente

la buena fe debe aplicarse por derecho propio en las tres etapas. Ambas partes tienen jurídicamente el deber de actuar siempre de buena fe y el mensaje no puede admitirse que sea contrario a lo que toda la sociedad respeta.

No desconocemos que puedan darse casos en que se atente contra la buena fe pero el Derecho no podrá proteger ni amparar tales hipótesis. Sería altamente atentatorio contra la estabilidad social que el juez al actuar como intérprete entendiera una declaración de voluntad en un sentido contradictorio de la buena fe o incluso de la ley, y que en virtud de consideraciones tales como autonomía de la voluntad, seguridad, etc. otorgara imperio a esa declaración.

Interpretar de acuerdo a la buena fe es una forma de mantener la paz y la armonía en la comunidad y provocar el respeto de las normas elementales de convivencia.

No es correcto afirmar que interpretar según la buena fe signifique siempre modificar la auténtica voluntad del emisor; tampoco es cierto que interpretar de buena fe, por su carga de objetividad, sea siempre atenerse al tenor literal de la expresión. Interpretar de buena fe es una de las formas de realizar la operación de descubrimiento del sentido de una expresión de modo equilibrado y valioso.

Podrá decirse que este enfoque carece de aplicación cuando estamos frente a una declaración de voluntad común; varias reflexiones merece el caso. Primero, debemos analizar si realmente se trata de una voluntad común, o si una de las partes impone a la otra una declaración que ésta sólo puede aceptar sin discutir. Es la hipótesis de los contratos de adhesión y entonces, más que en presencia de una voluntad común estamos en presencia de una declaración unilateral recepticia.

Segundo; aun cuando las partes contratante hayan dis-

cutido las cláusulas, tratándose de individuos distintos es inevitable el empleo del mecanismo de comunicación en las tratativas previas y la proclamación definitiva de la declaración común. Esa diferenciación individual puede generar diversos puntos de vista; emitida la declaración, lo más probable es que de ella surjan normas dirigidas a cada una de las partes, y ,entonces, cada una de las destinatarias interpretará esos contenidos. Lejos de desaparecer, el problema se complicará aun más pues tendremos un emisor compuesto y un receptor que, en otro momento, actuó como parte de la fuente del mensaje. Si nos atuviéramos a la intención del emisor o de las partes tendríamos el problema de ver qué es lo que cada una de las partes ha querido decir o ha tenido en mira al elegir determinadas expresiones. Estos inconvenientes se salvan recurriendo a un criterio de validez objetiva, y aplicabilidad general, como es el principio de buena fe.

Tercero, si la declaración de voluntad es auténtica expresión de la intencionalidad de ambas partes, si ambas partes coinciden en la interpretación que haya de darse a los términos, no habrá problema y ellas mismas interpretarán sin controversias esa declaración. Si han actuado conforme a la buena fe, las declaraciones serán también interpretadas en un sentido compatible con ella. Si uno ha sido así, llegarán a concretar auténticas violaciones al orden jurídico; puede que el "contrato" se ejecute, pero nunca podrán pedir el amparo del Derecho para tales declaraciones.

B. DECLARACIONES DE VOLUNTAD DE TIPO CONTRACTUAL Y DECLARACIONES DE ULTIMA VOLUNTAD.

La aplicación de la buena fe en la interpretación de



las declaraciones de voluntad, nos lleva a abordar otro tema y es el relativo a la distinción entre las declaraciones unilaterales y las provenientes de voluntades diversas. ¿Jugará en ambos casos la buena fe en igual sentido?

No es unánime la doctrina cuando se trata de admitir la aplicación del criterio de buena fe en la interpretación de las declaraciones de última voluntad (29). De los Mozos entiende que si bien las normas de interpretación contractual son aplicables extensivamente a otros actos jurídicos, no alcanzan a las declaraciones de última voluntad "dado que la voluntad del testador es ampliamente soberana" (30). Larenz adopta igual postura y agrega que, a pesar del "fin de comunicación" del testamento, la interpretación del mismo "tiene por objeto el significado 'subjetivo' no un significado objetivo y normativo distinto de aquel" (31). También se expresa en este sentido Danz (32).

Pensamos que en principio la buena fe es utilizable como factor de interpretación en el caso de las declaraciones de voluntad unilateral; aunque, en puridad, de conceptos, habremos de ver que cuando se trata de declaraciones bilaterales, el contenido de reciprocidad será aun más notorio, y entonces, en el multifacético contenido del concepto de buena fe aparecerá con más intensidad la remisión a la lealtad, fidelidad, etc. que son matizaciones de la honestidad y el respeto a los valores morales y jurídicos vigentes.

Es interesante advertir que en ambas hipótesis (declaraciones unilaterales y bilaterales), aunque se ponga el acento en la intención de las partes productoras de la declaración, tratándose de declaraciones recepticias lo que, obrando de acuerdo a las normas de la buena fe, debió entender el destinatario de la declaración, es un elemento capital. Claramente ilustrativo resulta este ejemplo propuesto por

Enneccerus; "si he prometido 1000 rublos, pensando en prometerlos en rublos-papel, a pesar de que la otra parte, según los usos del tráfico conocidos por mí, tenía que entender rublos-oro, y según yo sabía así lo entendió también, no tiene trascendencia mi voluntad divergente" (33).

Nosotros pensamos que no puede descartarse -a pesar de la diferencia de matices- de forma tan tajante la aplicación del criterio de buena fe en materia testamentaria, aunque reconocemos que su ámbito queda reducido. Como reconoce Larenz, también en el caso de declaraciones de última voluntad, estamos ante un caso de proceso comunicativo y, por tanto, la interpretación debe ser equilibradora de todos los elementos en juego, aunque dando preeminencia a la intención del testador. La libertad o autonomía de testar no juega en forma ilimitada, sino dentro de cauces fijados por el Derecho y por consiguiente -a nuestro juicio- no podrá interpretarse una declaración de voluntad en un sentido tal que contradiga las reglas de la buena fe, aunque tal haya sido la auténtica intención del emisor.

La diferencia que, creemos, se advierte en la buena fe en materia contractual y en los testamentos, radica en que en el primer supuesto la utilización del principio impone la consideración de lo que haya entendido el receptor, -amén de los otros elementos-, mientras que en el caso del testamento la mayor fuerza del principio se advierte en el mensaje objetivamente considerado. Además, en el caso de los contratos la buena fe desempeña un papel activo de normación positiva, al tiempo que en la hipótesis del testamento su actuación es más bien de sentido negativo, actuando como límite a la interpretación atendida a la intención del emisor de la declaración.

3. CONSECUENCIAS DE LA APLICACION DEL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL PROCESO DE INTERPRETACION.

Cuando la buena fe se utiliza como criterio para interpretar las normas del ordenamiento legal, sus efectos consistirán en la orientación y guía del intérprete en la selección del resultado, y en la especificación del contenido de las normas, especificación que deberá formularse teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso concreto al que se pretende aplicar el dispositivo en cuestión.

Larenz entiende que la interpretación de buena fe debe conducir incluso a la corrección de las normas legales cuando su aplicación conducirá a soluciones injustas o disvaliosas. Esto en virtud de que reconoce que el principio de "buena fe representa un principio supremo del Derecho de las relaciones obligatorias, de forma que todas las demás normas han de medirse por él y en cuanto se le opongan han de ser, en principio, pospuestas" (34). A nuestro juicio esta potencialidad correctora del principio de buena fe tiene su origen en el hecho de que la buena fe es uno de los principios informadores del ordenamiento.

En materia de declaraciones de última voluntad, la buena fe actuará en la interpretación de la intención del testador poniendo un límite protector de los valores morales socialmente respetados.

En cuanto a la utilización de este criterio en la interpretación de las normas pacticias, según la postura que se adopte, y el significado que se atribuya a la participación de la buena fe en esta operación, podríamos distinguir dos tipos de consecuencias: a) el apar-

tamiento de la letra para ir a la búsqueda del espíritu de la declaración, entendiendo por tal a la intención de las partes; o b) el descubrimiento de lo que de acuerdo a las normas encarnadas por la buena fe pudo querer decirse o debió decirse con esas declaraciones.

Gorphe destaca su opinión en el primero de los sentidos; el mayor de los logros de la aplicación de la buena fe a la interpretación es el apartamiento de la letra (35). Ello significa, entonces, pasar de un literalismo perjudicial a un voluntarismo, igualmente perjudicial. La buena fe no se busca por su contenido sino como vía para escapar a la letra de la norma, para evitar la fuerza de la expresión objetivada. El apartamiento de la literalidad no es producto del acercamiento a esa literalidad, su iluminación diríamos, por obra de la buena fe, sino el producto de traer el centro de atención hasta la voluntad del declarante. El intérprete deberá remitirse a las ideas mismas que las partes hayan tenido y no dirigirse "en nombre de la buena fe objetiva a 'aquello que es justo según el sentido del ideal social' -como ha dicho Stammer-" (36).

La otra postura que es la que consideramos correcta, no por objetiva peca de literalista; no por objetiva consagra un idealismo ordenador de la sociedad; no por objetiva, puede ser tachada de parcial; no por objetiva -en fin- significa el rechazo de la voluntad de los sujetos en el Derecho.

La referencia a las normas que el principio de buena fe implica, lleva al equilibrado análisis de todos los elementos del iter comunicativo que la emisión y recepción de una declaración jurídica encarna. Ni puro literalismo, ni mero voluntarismo; sí una comprensión armónica de las normas surgidas de la voluntad de los individuos con las

reglas básicas de la convivencia y el respeto de los valores estimados por el grupo en un momento dado.

- (1) Véase: Cap. I, especialmente, punto 5, b) y la bibliografía allí citada.
- (2) Conf. HERNANDEZ GIL, A. "La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981, en especial, p. 19, 111 a 116, y 121 y ss., y LARENZ, K. "Derecho Civil. Parte General" (trad. Izquierdo y Macías Picavea), Edersa, Madrid, 1978, en especial, p. 89 y ss.
- (3) DEGNI, F. "L'interpretazione della legge", 2a edic., Ed. Cav. Nicola Jovene e C., Napoles, 1909, p. 2 y la bibliografía citada. Sobre la etimología de la voz "hermenéutica" ver RODRIGUEZ MOLINERO, M. "Hermenéutica y Derecho", en "Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Prof. Corts. Grau, Universidad de Valencia, 1977, T. II, p. 345 y ss.
- (4) DEGNI, F. ob. cit. en nota anterior, p. 1280.
- (5) Idem nota anterior, p. 290.
- (6) ESSER, J. "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado", (trad. Valentí Fiol), Bosch, Barcelona, 1961, p. 161.
- (7) Conf. ENNECCERUS, L.-KIPP, Th.-WOLFF, M. "Tratado de Derecho Civil. Parte General" (trad. de Pérez González y Alguer), Bosch, Barcelona, 1935, T. I, Vol. II, p. 409.
- (8) Sobre la aplicación a la hermenéutica legal de criterios interpretativos de testamentos y contratos, ver CASTAN UTOBENAS, J. "Derecho Civil Español, Común y foral", T.I, Vol. I., 12 edic. (revisada por De los Mozos), Reus, Madrid, 1982, en especial, p. 559 y la bibliografía allí citada.
- (9) Conf. DANZA, E. "La interpretación de los negocios jurídicos" (trad. de Bonet Ramón), 3a. edic., Ed.Rev.Der. Priv., Madrid, 1955, p. VIII del Prólogo.
- (10) Código civil argentino, art. 572.
- (11) LARENZ, K. ob. cit. en nota 2, p. 93.
- (12) ENNECCERUS, L.-KIPP, Th.-WOLFF, M. ob. cit. en nota 7, p. 409.
- (12') De los Mozos entiende que esta diferenciación se centra en que la buena fe cuando integra afecta los efectos del negocio jurídico, mientras que la interpretación se limita al contenido de la declaración de voluntad. La buena fe en función de interpretación es para este autor una buena fe objetiva impropia, pues carece de fuerza normativa. DE LOS MOZOS, J. "El principio de la buena fe", Bosch, Barce-

lona, 1965, en especial, p. 179 y ss.

- (13) Ver Cap. VIII.
- (14) GORPHE, F. "Le principe de la bonne foi", Dalloz, Paris, 1928, p. 33.
- (15) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. ob. cit. en nota 7, p. 409.
- (16) Comentario a la traducción del B.G.B. (parágrafo 133), citado por Gorphe, ob. cit. en nota 14, p. 37.
- (17) Ver una exposición crítica de ésta y otras corrientes en LOPEZ DE ZAVALIA, F. "Teoría de los contratos. Parte General", Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1971, en particular, cap. VII, parág. 25, p. 244 a 262.
- (18) GORPHE, F. ob. cit. en nota 14, p. 33.
- (19) Idem nota anterior.
- (20) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. ob. cit. en nota 7, p. 409, nota 18.a.
- (21) Idem p. 410.
- (22) Idem nota anterior.
- (23) DANZ, E. ob. cit. en nota 9, pag. VII, prólogo.
- (24) GORPHE, F. ob. cit. en nota 14, p. 41
- (25) Idem , p. 43.
- (26) LARENZ, K. "Derecho de Obligaciones" (trad. Santos Briz), Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1958, T. I, p. 145.
- (26') HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 2, p. 115.
- (27) DIEZ PICAZO, L. "Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho", Ariel, Barcelona, 1973, p. 233.
- (28) Idem nota anterior, p. 235 y la bibliografía allí citada.
- (29) En materia de interpretación de testamentos, véase: CASTAN VAZQUEZ, J. "La interpretación de testamentos en el Derecho Común", R.D.P., t. LVII (1973), p. 281 y ss. y la bibliografía allí citada.
- (30) DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 12', p. 182
- (31) LARENZ, K. ob. cit. en nota 2, p. 471.
- (32) DANZ, E. ob. cit. en nota 9, p. 351 y ss.
- (33) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. ob. cit. en nota 7, p. 410, nota 19.
- (34) LARENZ, K. ob. cit. en nota 26, p. 146.
- (35) GORPHE, F. ob. cit. en nota 14, p. 33 y ss.
- (36) Idem nota anterior, p. 42.

CAPITULO VII

LA BUENA FE COMO CRITERIO LIMITATIVO

DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS

Sumario:

1. Ambito de referencia. Limitación de los derechos.
La figura del abuso del derecho.
2. La limitación por vía de la buena fe. La forma de ejercicio de los derechos.
3. Consecuencias de la imposición de la buena fe como límite del comportamiento con relevancia jurídica.
 - A. Cumplimiento de la regla de buena fe.
 - B. La violación de las normas impuestas por la buena fe.

1. AMBITO DE REFERENCIA. LIMITACION DE LOS DERECHOS. LA FIGURA DEL ABUSO DEL DERECHO.

Lo primero que debemos advertir es que si se utiliza este título es porque así se ha concebido generalmente^{en} la doctrina la función de la buena fe que pasa_{mos} a analizar ahora. No significa esto que la actuación de la buena fe como límite autorizado al ejercicio de una conducta quede reducida a aquellos comportamientos que impliquen la puesta en marcha de un poder o una facultad. Por la estrecha vinculación entre el binomio derecho/deber, la doctrina ha entendido que las fórmulas legales que refieren la buena fe exclusivamente a los "derechos" deben hacerse extensivas al cumplimiento de los deberes. "La buena fe concierne al comportamiento, y en éste figuran, entrettejidos los derechos y los deberes", ha dicho con acierto Hernández Gil (1).

Nosotros creemos que lo correcto es referir el límite constituido por la buena fe a toda la conducta con trascendencia jurídica. Va de suyo que el término de referencia real es la conducta total del hombre, por ser la buena fe una de las normas morales; la mención de la conducta con trascendencia jurídica viene impuesta por el carácter de nuestro principal objeto de estudio; sin perjuicio de reconocer la profunda base moral del principio, lo analizamos sólo desde sus perspectivas jurídicas.

¿La conducta con trascendencia jurídica -nos preguntamos- se limita al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes? ¿Cubren estas tradicionales categorías el completo y complejo espectro de las posibilidades de actuación? Entendemos que no es así. Hay conductas que no responden ni al ejercicio de un derecho subjetivo, ni al cumplimiento de un deber, dando a estos términos el sentido estricto-

to que se les atribuye (2). Por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad hace ya mucho que se concibe como una especie de derecho-deber; hay derechos, por otro lado, como serían los llamados "derechos negativos" en la clasificación de Dabin, cuyo ejercicio sólo se hace patente frente a la violación (3).

La referencia a los derechos y deberes sólo sería completa y comprensiva de todas las posibilidades si se la entiende en sentido amplio, tomando las acepciones genéricas; así podríamos recurrir a la famosa fórmula de que "todo lo que no está prohibido está permitido" y, por lo tanto, toda conducta no prohibida sería un derecho; y para los deberes, podríamos recurrir a una fórmula aún más amplia diciendo que "deber es todo lo que tenemos que hacer" o "todo lo que estamos obligados a hacer" (4), siempre y cuando estas conductas tuvieran algún tipo de trascendencia jurídica, es decir, entraran dentro del ámbito de lo jurídico.

Resumiendo, pensamos que la conducta jurídica no se limita al ejercicio de derechos y cumplimientos de deberes, y en consecuencia, referimos la buena fe-como límite de lo posible o permitido-a esta totalidad de comportamiento (5). Como ejemplo de conducta jurídica que no responde al cumplimiento de un deber ni al ejercicio de un derecho puede mencionarse el de la gestión de negocios, o el de la tutela de hecho. En ambos casos pensamos que la conducta que no constituye ni derecho, ni deber, es la primera consistente en la asunción del negocio o de la tutela, pues, una vez asumida, esa "voluntad unilateral" -que así podría catalogarse- genera derechos y deberes.

A pesar de que no son éstos los términos en que las diversas normas, ni la doctrina se refieren a la buena fe en su función de límite, creemos no equivocarnos al afirmar que la auténtica intención

es esa referencia amplia a toda conducta con eficacia o trascendencia jurídica. ¿Por qué -entonces- la constante mención del ejercicio de los derechos?

Las circunstancias históricas son siempre determinantes -aunque no en exclusiva- de las soluciones jurídicas, no sólo en el plano legal o jurisprudencial, sino incluso en el ámbito de la ciencia. No podría ser de otro modo teniendo en cuenta que el Derecho es un producto cultural por naturaleza, y por tanto influenciado por las particulares características de una sociedad dada en un contexto temporo-espacial concreto.

Son, en parte, pues, circunstancias históricas las que nos darán la pauta para explicar esta situación; deberémos bucear asimismo en el clima ideológico. La exaltación del liberalismo y del individualismo lleva a la consideración de los derechos como algo absoluto o, por lo menos, limitados en menor medida que la que hoy concebimos.(6).

Según las coordenadas históricas, ideológicas y socio-económicas, el ejercicio de los derechos amparado por la ley generó excesos que hicieron ver la necesidad de imponer ciertas limitaciones. Esto no quiere decir que antes no existieran algunos límites. A nuestro juicio dichos límites antiguos tenían como referente consideraciones generales de tipo político (orden público, por ejemplo), o bien consideraciones sociales, pero no en vista de la sociedad como conjunto de individuos concretos, sino como un ente general y en cierta forma abstracto (la referencia, por ejemplo, a la moral o a las buenas costumbres). Frente a las injusticias que genera la concepción individualista y liberal a ultranza de los derechos, se va gestando una corriente en favor de imponer cotas a los "derechos" (la referencia a los derechos era obligada, pues era la conducta que generaba las situaciones disvaliosas-).

La preocupación de legisladores y pensadores -en general- hace que, en busca de mayor justicia, se apunten dos grandes vías de solución; por un lado, la limitación concreta de los derechos, y por otra parte, el reforzamiento de la noción de deber. En la segunda corriente, tenemos como características, las tesis solidaristas; se llega incluso al extremo de Duguit de sostener que el único derecho que tienen los miembros de la sociedad es el de cumplir con sus deberes.

Tanto la concreta limitación de los derechos, como el reforzamiento de los deberes tienen en su base la consideración del 'alter ego'; se habla de la sociedad, del interés social, etc., pero no como si la sociedad fuera un ente abstracto, sino en tanto es el conjunto de individualidades; se refuerza la consideración y el respeto del "semejante" y, aun más, diríamos que se tiene en vista al 'alter ego' al que las circunstancias económicas y sociales colocan en una situación de desventaja. Advuértase el frecuente empleo que en Derecho se hace de las expresiones "justicia social", "función social", "ejercicio anti-social", etc.; es la sociedad como conjunto de individuos concretos la que se toma en consideración. Probablemente la utilización del adjetivo "social" en este tipo de expresiones y con esta connotación de protección de los que están en inferioridad de condiciones derive de el nombre con que se conoció la crisis que genera el surgimiento de estas soluciones: "la cuestión social". En este sentido hemos dicho que con el término "justicia social" no se agrega nada especial que no tenga en sí la justicia que, como todo el Derecho, es social por esencia (7).

Dice Gorphe que "un derecho no es un absoluto: es la expresión de una relación jurídica que confiere un poder limitado en su contenido y en su ejercicio...El hecho de que uno sea titular de un derecho no lo dispensa de tener una voluntad honesta (recuérdese que Gor-

phe define a la buena fe como "voluntad honesta"); la conciencia moral no puede ser jamás dejada de lado; hay deberes hacia los demás que ningún derecho permite violar" (8). Es ésta la idea que se hace patente en la época de la reacción. Planck sostiene que el nuevo principio "es característico de la nueva legislación y marca la corriente en la que se enrola el derecho moderno; viene a realizar la armonía del derecho con la concepción de la solidaridad social. El derecho no puede, sin grave perjuicio de la conciencia pública, ponerse en desacuerdo con aquello que reclama la moral social; él no puede permitir aquello que las costumbres consideran como un atentado contra la moral pública, como un acto antisocial, contrario al hecho de vivir en sociedad" (9).

La limitación de los derechos puede llevarse a cabo por varios caminos; la imposición de restricciones concretas referidas a cada tipo de derechos, entre las cuales pueden mencionarse, por ejemplo, las restricciones al dominio en virtud de las relaciones de vecindad; las restricciones administrativas para el ejercicio de ciertas actividades; o las restricciones municipales para el derecho de cazar o de pescar, etc..

Otro camino es el de la referencia a esos intereses políticos o sociales a los que mencionamos más arriba; orden público, moral y buenas costumbres resultaban un trío que nunca estaba ausente en las legislaciones, cuando se regulaba el objeto de la obligación o el de los contratos; o, en general, aparecen mencionados en las constituciones clásicas cuando consagran el ejercicio de los derechos. Esta y la anterior eran formas de limitación propias ya de legislaciones surgidas a la luz de la concepción liberal-individualista.

Producidos los excesos y vista la necesidad de recurrir a otros criterios limitativos más eficaces, destacan por su difundida

utilización, dos parámetros -con raíces, ambos, en el Derecho romano, aunque remozados y adaptados-; nos referimos a la buena fe y al abuso del derecho (10). Tratándose de dos figuras con cometido similar en este punto resulta interesante verificar, más allá de las legislaciones particulares, aunque teniéndolas en cuenta, cuáles son los aspectos de contacto y cuáles, los de diferenciación entre ambas(11).

Por un lado cabe señalar que mientras la buena fe impone un deber positivo, señala una forma de conducta a seguir, la figura del abuso del derecho contempla la conducta desde el punto de vista negativo, imponiendo una sanción -en sentido genérico- frente a un hecho que considera reprochable. Representando el iter de la vida jurídica de un determinado comportamiento diremos que ambos criterios marcan el mismo punto límite pero, al tiempo que la buena fe está presente en todo el sector de lo admisible, el abuso marca el punto en que se traspasa el límite de lo aceptable por el Derecho y está presente en el resto del trayecto, hasta que se llega a ciertas conductas que exceden el concepto del mero abuso del derecho, para rayar en el actuar abiertamente doloso. El punto límite entre los dos primeros sectores es el mismo aunque la buena fe y el abuso del derecho lo contemplen desde puntos de mira diversos.

La íntima relación entre la buena fe y el abuso del derecho es tal que algunos ordenamientos, al caracterizar positivamente el abuso, incluyen la referencia a la buena fe. Por ejemplo, el art. 1071 del Código civil argentino dispone que "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres". La norma que transcribimos resulta un claro ejemplo de la tesis expuesta.

La vinculación buena fe/abuso del derecho existe aun cuando las fórmulas concretas del ordenamiento no empleen la referencia a la primera en la configuración positiva del segundo. No es correcto afirmar que el abuso responde a criterios objetivos, mientras la buena fe atiende más a criterios subjetivos -relativos a la intencionalidad-; ya dijimos en el capítulo destinado al concepto de buena fe que la misma tiene forzosamente una base social, que no responde a los meros sentimientos subjetivos del hombre, sino que está inmerso en una conciencia social, o en un sistema de creencias y valoraciones adoptadas por una comunidad determinada.

A nuestro juicio el límite constituido por la buena fe es más amplio y flexible que el representado por la figura del abuso del derecho. Esto es así porque mientras la buena fe ingresa siempre en los ordenamientos como un concepto normativo indeterminado, el abuso del derecho rara vez es incorporado por su sola mención, sino que el legislador se ocupa de darle una fórmula concreta especial, refiriéndolo a criterios variados. Estas fórmulas hacen difícil su modificación por vía interpretativa, mientras que la referencia a la buena fe, como concepto abierto, permite la adaptación permanente a las nuevas situaciones reales.

Al igual que respecto a la buena fe, consideramos que la figura del abuso del derecho no queda circunscripta a la consideración de los derechos subjetivos en sentido estricto, sino que se amplía a toda conducta con trascendencia jurídica.

La estrecha vinculación que remarcábamos entre buena fe y abuso del derecho, lleva a algunos autores a definir la buena fe -en su función de límite al ejercicio de los derechos- tomando la configuración concreta del abuso del derecho. En este sentido, sostiene Díez Pi-

cazo que "el ejercicio de un derecho subjetivo es contrario a la buena fe no sólo cuando se utiliza para una finalidad objetiva o con una función económico-social distinta de aquella para la cual ha sido atribuido a su titular por el ordenamiento (-fórmula que corresponde a la configuración del abuso en el Código civil español (art. 7.2)-), sino también cuando se ejercita de una manera o en unas circunstancias que lo hacen desleal" (12). Pareciera que el autor entiende que hay un campo intermedio entre lo que es buena fe y lo que es abuso del derecho; en el iter que hemos descripto antes, se reflejaría así: buena fe - deslealtad (mala fe) - abuso del derecho. Para nosotros el ejercicio desleal es, amén de contrario a la buena fe, un caso de abuso del derecho -afirmación que deberá ser matizada de acuerdo al tipo de formulación técnica empleada en cada legislación positiva-.

También Gorphe vincula estrechamente ambas nociones al punto de decir que la buena fe consisten en "no querer abusar de su derecho" (13). La buena fe aparece, según el autor citado, como la expresión de la moralidad social y se constituye en "norma de aplicación y criterio mismo del límite máximo del contenido de los derechos subjetivos" (14). Por su parte, Wiaecker entiende que el párrafo 242 del B.G.B. que recepta el principio de buena fe "en realidad, debe sustituir al principio más general del abuso del derecho", aunque admite que "desde el punto de vista dogmático y de política jurídica es, sin embargo, recomendable dar al abuso del derecho un puesto institucional independiente entre los problemas fundamentales del Derecho privado" (15).

2. LA LIMITACION POR VIA DE LA BUENA FE. LA FORMA DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

De las dos formas de limitación mencionadas -abuso y

referencia a la buena fe- hemos de concentrarnos en la segunda. Las normas que surgen del principio de buena fe son la columna vertebral del comportamiento jurídico. Ello es así por la carga moral social propia del principio, que impone la corrección y honestidad de la conducta. Hemos dicho que entendemos que la buena fe actúa como límite de la posible actuación del hombre, con trascendencia jurídica, considerada en todas sus facetas y no limitándose al ejercicio de los derechos o el cumplimiento de los deberes.

Con los términos "conducta con trascendencia jurídica" nos referimos a todo comportamiento que produce algún efecto en la esfera del Derecho, entendido en sentido amplio, y no como simple conjunto de normas positivas. Para ello nos parece indispensable la relación de alteridad, es decir, la presencia de un 'alter ego', específico o generalizado. Para que se produzca una relación jurídica resulta condición 'sine qua non' el contacto de dos conductas, de dos comportamientos -activos o pasivos-, según las diversas combinaciones posibles. Esta referencia a la alteridad no se limita exclusivamente a la idea de reciprocidad de la buena fe.

Son especialmente los autores italianos los que han hecho hincapié en la reciprocidad de la buena fe para diferenciarla del criterio de diligencia. Así, sostienen, la buena fe es de aplicación recíproca a ambas partes de una relación jurídica, mientras que la diligencia sólo afecta al deudor (16). Como decimos, esta construcción es aplicable en el Derecho italiano y ha sido construida a partir de él; su traslado a otros sistemas puede resultar atractivo, aunque siempre peligroso, y sobre todo dogmáticamente incoherente.

La referencia a la reciprocidad trae a colación la idea de una relación bilateral, como son las relaciones jurídicas obligatorias,

pero la vigencia del principio no se agota en ellas, trasciende a todo el comportamiento y no se trata de realidad de reciprocidad, lo que caracteriza al deber predicable de todos los miembros de la comunidad, de actuar de buena fe. Estamos en presencia de un deber general y, por ser general, existirá sea cuales fueran las particulares vinculaciones jurídicas entre los sujetos.

La referencia a la reciprocidad como criterio distintivo de la buena fe con respecto a la diligencia es ciertamente inexacta. Es cierto que la buena fe es exigible tanto al deudor como al acreedor, lo que no es correcto es que la diligencia sólo sea predicable del deudor. También el acreedor debe actuar con diligencia en su conducta de relación. La distinción de referencia va conectada con la distinción en el iter dinámico de la relación obligatoria, de una llamada actividad de relación y otra denominada actividad de prestación. La primera, como ya dijimos en otro lugar, se vincula al comportamiento general de los sujetos, mientras la segunda comprende específicamente la ejecución de la prestación comprometida (17).

Algunos autores, con referencia al Derecho español, también ponen el acento en la presencia necesaria de un 'alter ego' específico. Así, sostiene Montés que el ejercicio de la buena fe debe ser aquél "que sea conforme con la confianza depositada en el titular por la otra parte y según la consideración que ésta pueda pretender de acuerdo con la clase de vinculación especial existente entre ellas" (18).

Reiteramos, pues, que a nuestro juicio no se trata propiamente de reciprocidad, sino de generalidad omnicomprensiva del deber de actuar de buena fe. La reciprocidad será apreciable en las hipótesis de relaciones jurídicas bilaterales, pero la buena fe no puede limitarse al marco de este tipo particular de relaciones jurídicas, sino

que es aplicable siempre que exista una especial vinculación jurídica (19).

La buena fe como norma de conducta general tiene un ámbito de actuación sumamente amplio ya que se influencia llega no sólo a los momentos de ejercicio de los derechos subjetivos específicos, sino que preside el comportamiento interrelacionado de los miembros de la comunidad en todo momento. Con acierto ha señalado Trabucchi -aunque la tesis se limita en su expresión original al ámbito contractual- que la buena fe actúa "tanto en los preliminares como en la misma formación del contrato" (20). Igual criterio sostiene Díez Picazo quien recalca que el deber de comportarse conforme a la buena fe alcanza a "toda la fase previa a la constitución" de las relaciones jurídicas y también rige "en el desenvolvimiento de las mismas ya constituidas entre ellos" (21). Gorphe es mucho más explícito; la obligación de comportarse de buena fe aparece "en la formación de las obligaciones o en las tratativas..., en la ejecución de las obligaciones..., en la ejecución de los actos jurídicos, en que ella incumbe también a los terceros que traen con una de las partes..., y en todos y cualquier acto, en que ella incumbe a todo titular de derecho" (22). En resumen, la buena fe se aplica como norma de conducta a todo comportamiento de alteridad con trascendencia jurídica.

La incorporación dentro del ordenamiento jurídico de la buena fe como límite de conducta permitida, puede darse de diversas maneras:

1) Podemos encontrar una norma concreta que reconozca esta función del principio general en forma concreta. Este tipo de formulación no genera problemas en su aplicación al comportamiento en sentido

amplio. Si la norma fuera referida exclusivamente a los derechos, o al ejercicio de los mismos, podría por vía de interpretación extensiva, o incluso por medio de una interpretación integradora, considerársela aplicable al cumplimiento de los deberes/^Y en general, a toda conducta con trascendencia jurídica.

2) Puede darse también el caso de una norma concreta pero no general, sino referida a una especie particular de relaciones jurídicas. Este es un caso frecuente; encontramos la imposición de la buena fe como norma de actuación referida, por ejemplo, a las obligaciones o al contrato (así suceden en el Código civil italiano y en el argentino que carecen de una norma general como la del art. 7.1 del Código civil español, similar a la del art. 2 del Código civil suizo).

Sin duda, desde el punto de vista estrictamente normativo se plantea el problema de su aplicación, de la vigencia del principio más allá de estas relaciones concretamente contempladas. Dos vías podrían utilizarse para salir del problema; una sería el recurso a la ampliación analógica del requisito, o exigencia de la buena fe a todo tipo de relación jurídica. La otra vía es más directa y consiste en la aplicación directa del principio general, cuya fuerza normativa no depende de su positivación, sino que le es inherente y funciona inmediatamente. Siendo este tipo de formulación muy frecuente, la jurisprudencia debió solucionar el problema y recurrió a la primera posibilidad, es decir a la interpretación extensiva.

En esta función de límite al ejercicio de los derechos, el principio de buena fe manifiesta su máxima fuerza normativa en cuanto contenido genérico, como parámetro general de conducta en su forma más pura. No surgen de aquí especiales obligaciones o deberes secundarios de

conducta exigibles más allá de una prestación comprometida. La buena fe no actúa como fuente de derivación de otros derechos o deberes más concretos. El contenido del derecho o del deber o de la conducta posible es fijado por la ley o por cualquier otra fuente -entre las que cabe mencionar a la propia buena fe cuando actúa como criterio de integración-; la buena fe funciona no como criterio de fijación del contenido sino como criterio de valoración del modo de actuación dinámica de ese contenido. Así, por ejemplo, el contenido del derecho de servidumbre de paso está fijado en su forma de constitución, pero el ejercicio de ese derecho, la actividad concreta a desarrollar estará o, mejor dicho, deberá estar determinada por la buena fe. Hay normas que no hacen mención o remisión a la buena fe pero, sin duda, la utilizan en esta función descripta; describen lo que en el caso particular es un ejercicio conforme a la buena fe; tal el caso verbigracia del art. 3079 del Código civil argentino(23).

La función primordial de la buena fe como límite a la conducta posible y aceptada por el Derecho se pone en relación con la forma de ejercicio es decir con la dinámica de los poderes jurídicos, con la conducta en general, sea cual fuera su finalidad o su base (cumplimiento de un deber, ejercicio de un derecho, etc.). En esta ocasión, del principio general no surgen normas que den nacimiento a nuevas o no previstas prerrogativas, sino que la referencia a la buena fe indica la forma en que debe actuarse.

No hay fórmulas exclusivas para catalogar las normas que surgen o que están en el principio, en este campo; mucho dependerá de las circunstancias concretas. Sí hay, sin embargo, algo común y siempre presente: la buena fe indica un límite, es decir algo que no debe sobrepasarse, sin provocar consecuencias negativas. Ese margen está representado por el respeto a los demás, por el cumplimiento de las nor-

mas que impone la buena fe. "La exigencia de la buena fe, debe ser adecuada a las relaciones a las cuales ella se aplica,...como aquella de prudencia y diligencia, según la naturaleza del derecho ejercitado", sostiene Gorphe con todo acierto (24). Es clara también la opinión de Breccia en el sentido de que "la valoración ex fide bona permite justamente precisar en toda su amplitud el comportamiento que las partes deben asumir, precisión que no es posible sino de caso en caso y teniendo en consideración las exigencias que surgen de la fase ejecutiva de la relación (25). Una de las fórmulas utilizadas en punto a determinar lo que es un ejercicio de buena fe o no, es la doctrina de los propios actos; el actuar inconsecuente que supone el "venire contra proprio factum" es un comportamiento contrario a las normas que surgen del principio de buena fe (26).

Ya en el capítulo dedicado a la determinación del contenido de la buena fe hicimos una extensa referencia a los mecanismos por los cuales la moral social ingresa, buena fe mediante, al marco de lo jurídico. Ese respeto sostancial que debe estar presente en la modalidad o forma de actuación asumida por cada uno se logra mediante el cumplimiento de las normas de moralidad social que han sido receptadas y traducidas por la buena fe. El comportamiento jurídico debe ser tal que sea honesto, leal -cuando haya un término personalizado de referencia concreta-, en una palabra, ha de ser correcto, carente de intención de perjudicar o de lograr ventajas indebidas. Por todo ello debíamos que el principio de buena fe se manifiesta a través de esta función en su máximo poder normativo propio y no derivado; cuando la buena fe actúa como límite al comportamiento no genera lo que se ha dado en llamar deberes secundarios de conducta, ni consecuencias no previstas, sino que se limita a exigir una conducta correcta.

A pesar de la dificultad e inutilidad de fijar fórmu-

las concretas de ejercicio de derechos, cumplimiento de deberes, o en general de desarrollo de cualquier actividad con trascendencia jurídica, no puede limitarse el tratamiento del tema a decir que se exige una conducta "correcta". Creemos que, amén de los ejemplos dados, cabe resaltar una característica común a todos ellos, nos referimos a la consideración de la diligencia. Hemos señalado ya que en esta función la buena fe indica el "cómo" de la conducta y en esta forma de actuación además del respeto genérico a los demás, queda incorporado un deber de diligencia.

La buena fe no se circunscribe a marcar un punto límite en el iter de comportamiento sino que lo impregna todo hasta allí. El respeto al semejante, el actuar honesto, el cumplimiento de las normas de moral social, el actuar diligente, son ingredientes, todos, de un comportamiento de buena fe.

Resulta difícil delimitar en forma taxativa y terminante las diversas funciones que hemos atribuido al principio, y por eso, aunque en su esencia la limitación de la dinámica de comportamiento no implique creación de contenido, sino puntualización de forma, muchas veces las funciones aparecen íntimamente conectadas y a la vez que la buena fe actúa generando un deber secundario de conducta, sirve también como parámetro que indica hasta qué límite puede y debe ejercitarse el comportamiento derivado. También la función indormadora, en su especial matiz inspirador, aparece conectada con ésta; pruebas todas de la unidad del principio. Ejemplo de ello, son muchas normas legales concretas que no hacen sino asumir el límite indicado y traducirlo en forma específica respecto a la conducta que regulan (27).

Las normas sobre buena fe en la posesión, son a nuestro juicio nada más que una aplicación muy desarrollada de esta función de la buena fe. El principio actúa como marco de conducta admisible, como rector

de la dinámica general de comportamiento. Las normas sobre posesión de buena fe resultan corolario de esa normativa sobre dinámica de conducta, pero aplicada concretamente a los hechos que configuran el fenómeno posesorio. El poseedor de buena fe es aquel que se comporta en todo lo relativo a la posesión de acuerdo a las normas impuestas por la buena fe, -la única, la misma siempre-, para el comportamiento general. Por eso es importante decir abiertamente que aquellas normas por las cuales se incorpora la buena fe como límite al ejercicio de los derechos no agotan su referencia de aplicación al ejercicio de los derechos subjetivos en particular, sino que amplían ese marco a todo el comportamiento con trascendencia jurídica. Si sólo se entendiera en sentido estricto su aplicación al ejercicio de derechos subjetivos, chocaríamos con la falta de uniformidad en cuanto a la catalogación de determinados supuestos como derechos o no, con lo cual la totalizadora presencia de la buena fe como norma básica de conducta quedaría en cuestión.

Al respecto sostiene Hernández Gil que las normas sobre posesión son normas de comportamiento; "el conjunto de preceptos relativos a la posesión de buena fe tienen el sentido de prescribir la necesidad de un comportamiento conformado por ella para que se produzcan los correspondientes efectos jurídicos..."(28). Sin embargo, formula una distinción respecto a las normas generales que significan la actuación de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos; "en el ejercicio de los derechos -nos dice- se parte de que existen y su actuación ha de atemperarse a la buena fe. En cambio, en la posesión, la buena fe atribuye unos derechos que sin su concurso no surgirían" (29).

Nosotros entendemos que en ambos supuestos la actuación de la buena fe es la misma; es decir, es una norma de conducta a la cual hay que atenerse, no sólo como dijimos en el ejercicio de los derechos,

sino en el total comportamiento con trascendencia jurídica. En la posesión la buena fe también actúa así. Y tanto en el ejercicio de los derechos como en el ámbito posesorio, el comportamiento de buena fe genera efectos positivos, ventajas o beneficios y, en este sentido, puede decirse que la buena fe actúa como atributiva de derechos -tema que analizaremos al tratar de las consecuencias del cumplimiento de la regla de buena fe-.

3. CONSECUENCIAS DE LA IMPOSICION DE LA BUENA FE COMO LIMITE DEL COMPORTAMIENTO CON RELEVANCIA JURIDICA.

La imposición del comportamiento de buena fe como norma de conducta básica genera como era de esperarse consecuencias jurídicas. Estas consecuencias no se limitan a las sanciones en caso de incumplimiento, sino que la conducta que responde a las normas de buena fe recibe algo más que la simple aprobación de la juridicidad. Moviéndonos, como lo hacemos, en un campo de conducta humana, deben contemplarse siempre las dos posibilidades consistentes en el cumplimiento o la violación de las normas. Las normas que no reproducen fenómenos naturales son de cumplimiento probable, pero no exacto. El hombre como ser esencialmente libre, dotado de albedrío propio, puede optar entre el acatamiento de las normas o su violación. "La norma que invoca la buena fe configura siempre...una conducta debida, a la que debe ajustarse la conducta efectiva (estas expresiones son de Legaz). Naturalmente, la ley no puede imponer un comportamiento de buena fe, pero lo exige y sanciona (positivamente, estableciendo determinados efectos cuando se produce, y negativamente, privadno de ellos en caso contrario)..." (30).

Frente a la opción, la reacción jurídica es dispar. Vamos, pues, a considerar las consecuencias que se derivan de la función

de la buena fe como límite de comportamiento posible y admitido. Primero veremos las que se siguen del cumplimiento de las normas de buena fe y posteriormente nos ocuparemos de la violación de estas reglas de conducta y su tratamiento jurídico.

A. CUMPLIMIENTO DE LA REGLA DE LA BUENA FE.

El cumplimiento de las reglas que surgen de la buena fe como criterio de comportamiento genera lo que podríamos llamar un actuar "de buena fe". Como se trata de un actuar valioso, el Derecho adscribe al mismo ciertas consecuencias positivas. Brinda protección a quien respeta dichas normas de conducta y le otorga no sólo protección, sino que le reconoce otro tipo de privilegios o beneficios.

Se ha dicho que los comportamientos "de buena fe" encubren siempre una conducta objetivamente antijurídica (31), opinión que no compartimos. La actuación conforme a la buena fe nunca puede considerarse antijurídica, pues hace a la esencia de la juridicidad. La distinción entre antijuridicidad objetiva y subjetiva, prueba de una de las tantas categorizaciones dogmáticas descompone por un lado la conducta humana, y por otro lado, descompone el ordenamiento. Ve en éste último algunas normas que sólo se ocupan de la exterioridad de la conducta, y otras que se refieren a la intención, y deduce de ello que pueda haber una antijuridicidad que sea sólo objetiva (contravención al primer grupo de normas). Creemos que la distinción es errónea ya que la juridicidad es una integridad y no puede haber algo que sea jurídico y antijurídico a la vez. Si trasladamos estas consideraciones al término más estricto de la licitud.- ilicitud, tampoco podremos, con rigor, afirmar que una conducta dada sea ilícita objetivamente, aunque en su totalidad sea lícita. El or-

denamiento jurídico es un todo y no puede escindirse al tiempo de estimar una conducta.

Para nosotros los comportamientos conforme a la buena fe son conductas jurídica y socialmente valiosas y como tales el ordenamiento las protege.

La protección jurisdiccional no presenta interés particular, pues es común a otras conductas y no se circunscribe al comportamiento de buena fe. Sí resulta interesante analizar cuáles son las otras consecuencias beneficiosas -amén de esa posibilidad de recurrir a los jueces en busca de amparo-. El repertorio varía de acuerdo a cada ordenamiento pero podemos señalar algunas tendencias generales; creemos advertir las siguientes:

a) mantenimiento de situaciones que siguiendo un criterio de legalidad estricta, no subsistirían, ni producirían efecto, pero que en atención al comportamiento de buena fe del sujeto se respetan (por ejemplo, los casos de apariencia);

b) otorgamiento de ventajas materiales en mérito a la conducta observada (claramente en materia posesoria, otorgamiento de frutos, etc.);

c) reconocimiento de algunos beneficios formales o jurídicos (por ejemplo, el derecho de retención, también en materia de posesión de buena fe).

Por lo general, la necesidad de proteger a la buena fe ha sido unida por los autores a la tradicionalmente llamada buena fe subjetiva, es decir, se ha visto la necesidad de amparar jurídicamente a aquel sujeto que creía en algo que no era, siempre que tuvieran razón para creerlo. No se advierte que la actuación que en realidad se protege es la que es conforme con las normas de buena fe, cuyo cumplimiento puede

derivar, aunque no siempre sea sí, en la creencia de algo que no es, en el error o en la ignorancia.

La conducta de buena fe no siempre deriva en ese estado de "falsa consciencia", en el sentido de consciencia errada. El ordenamiento protege las conductas leales, honestas, en una palabra, correctas. Sostiene Gorphe -aunque en otros lugares cae en la tradicional concepción- que "no es en consideración a un estado subjetivo de creencia fortuita y variable, sino a medida general y objetiva apropiada a las relaciones jurídicas, que algunos -reconocidos de buena fe- deben ser tratados más favorablemente" (32).

Sin perjuicio de lo dicho, hemos de reconocer que efectivamente algunas de las consecuencias que hemos apuntado, están íntimamente vinculadas con la protección de supuestos en que el sujeto que cumple con las normas de la buena fe cae en un estado de error o ignorancia, error o ignorancia que no son la buena fe como se ha entendido antes (llamándola buena fe subjetiva), sino el resultado de una conducta conforme a las normas que impone la buena fe. Es lo que sucede con el primer grupo de consecuencias vinculadas con la protección de la apariencia. En los supuestos de protección de la buena fe merced al reconocimiento de la legitimación proveniente de la apariencia, el cumplimiento de las normas impuestas por el principio debe haber conducido a una creencia que no coincida con la realidad; si coincidieran lo que el sujeto cree-luego de actuar conforme a las reglas de conducta derivadas de la buena fe- y la realidad, los efectos no serían atribuibles a la buena fe en sí, sino al simple actuar de los supuestos de hecho previstos, "si la creencia coincide con la realidad no hay margen para imputar un efecto a la buena fe" (33).

Hay muchos supuestos en que se protege al que obra de__

buena fe concediendo validez a unos actos o eficacia a algunas conductas que de no mediar ese comportamiento carecerían de ella (por ejemplo, el pago al acreedor aparente, validez de los actos ejecutados por el heredero aparente, etc.). Sostiene Amorós, refiriéndose al art. 464 del Código civil español, que "lo que no cabe olvidarse aquí es que la buena fe cuando entra en juego, aparece como requisito para convalidar adquisiciones extraordinarias o anómalas" (34).

Recalcábamos más arriba que no siempre la protección de la buena fe queda patente en los casos en que su cumplimiento genera una conciencia errónea. Las conductas honradas y correctas son protegidas por el Derecho, salvo hipótesis excepcionales en que hubiera un interés superior que reclamara protección prioritaria. Veamos algunos ejemplos en los que se protege el actuar de buena fe, sin que medie esa creencia errónea; el art. 3077 del Código civil argentino reconoce en forma expresa el derecho de quien debe reparar su casa, de hacer pasar a sus obreros por la del vecino, ésta será sin duda una conducta correcta, de buena fe, y por tanto está amparada de antemano por la ley, aunque se prevé también la obligación de indemnizar los daños causados. Otro ejemplo de protección a quien obra de buena fe es el previsto en el art. 3065 del mismo cuerpo legal cuando dispone que no se extingue la servidumbre, "ni se reducen sus límites "cuando el propietario de la heredad dominante ha usado la servidumbre conforme a su título, en la medida de sus necesidades y conveniencias"; en tales hipótesis "debe juzgarse que la ha conservado íntegra, aunque no haya hecho todo lo que estaba autorizado a hacer".

¿Por qué decimos que se trata de protección a un actuar de buena fe? Porque el Derecho evita que se sancione al sujeto titular del fundo dominante que ha actuado correctamente, aunque no haya utilizado su derecho en la máxima amplitud posible. Otro supuesto de protección se aprecia en

la excensión de responsabilidad al deudor en caso de incumplimiento de la obligación, cuando el obligado ha realizado, en pro del cumplimiento, todas aquellas actividades que según las reglas de la buena fe podían exigírsele "(35).

En cuanto a las ventajas materiales a las que hacíamos referencia, el tratamiento jurídico del poseedor de buena fe es más que elocuente al respecto. A un poseedor que actúan conforme a las normas de buena fe se le permite que adquiera los frutos de la cosa. La verdadera razón justificativa de ello está en la buena fe, en su conducta correcta, que el Derecho debe amparar. No se trata de que se lo equipare al propietario o al usufructuario, tampoco se trata simplemente de retribuir el trabajo de la persona, ni su dedicación, proque con ese criterio también debería admitirse la adquisición de los frutos por el poseedor de mala fe. El criterio que mueve al Derecho a reconocer este beneficio es nada más y nada menos que la buena fe, es decir de una conducta que se ha desarrollado conforme a los cánones fijados por el principio general (36).

B. LA VIOLACION DE LAS NORMAS IMPUESTAS POR LA BUENA FE

Antes de pasar al análisis de las consecuencias negativas que se derivan de la violación de los límites impuestos por la buena fe a las posibilidades de comportamiento, hemos de abordar un tema ciertamente arduo y discutido: nos referimos al carácter que revisten los actos contrarios a la buena fe. ¿son antijurídicos? ¿son ilícitos? ¿son simplemente, disvaliosos?

La correcta ubicación y calificación de los actos realizados en violación de las normas de buena fe, tiene más que todo un inte-

rés teórico y de precisión, para nuestra concepción de la responsabilidad. Y decimos esto pues, quienes consideren que la base de la responsabilidad civil es la antijuridicidad del hecho dañoso, exigirán la demostración de dicha característica en los comportamientos contrarios a la buena fe para aceptar la posibilidad de que engendren la obligación de reparar los daños producidos. Esto último determina que nos detengamos en el tema.

Nosotros creemos que la base de la responsabilidad civil no es siempre ni exclusivamente la antijuridicidad de los actos, ni siquiera la ilicitud. Entendemos que la base de la reparabilidad reside fundamentalmente en el daño; producido un daño normalmente se seguirá la reparación del mismo que es precisamente en la responsabilidad. A este elemento esencial se suman otros que determinan la imputabilidad de los hechos a fin de determinar el sujeto responsable, teniéndose en cuenta al efecto no exclusivamente factores de imputación tradicional (de carácter subjetivo), sino otros de carácter marcadamente objetivo. La ilicitud o la antijuridicidad no es indispensable para el funcionamiento de la responsabilidad civil -cosa distinta es lo que sucede en materia penal-; hay actos lícitos e incluso debidos que generan la obligación de reparar los daños de ellos derivados. No es la injusticia del comportamiento dañoso el punto de partida de la obligación de reparar, sino más estrictamente la injusticia del daño producido.

La mayoría de los autores se inclina por considerar los comportamientos contrarios a la buena fe, como antijurídicos; pero en rigor de verdad, no se detienen en la profundización del tema, sino que se dan por sentado que no hay discusión posible. En este sentido, sostiene Montés que "más allá de la buena fe el acto de ejercicio de un derecho de forma es inadmisibles y es antijurídico" (37), reiterando más adelante la misma opinión y agregando que "la doctrina ha señalado que

el comportamiento del titular de un derecho contrario a la buena fe es ilícito y no sólo es protegible sino que, en cuanto dañoso, obliga al resarcimiento" (38). Es ésta también la opinión de Díez Picazo: "más allá de la buena fe el acto de ejercicio de un derecho se torna inadmisibile y es antijurídico" (39).

Para Galoppini "la buena fe constituye un principio limitativo del ejercicio del derecho, cuya transgresión, al tornar en ilícito el comportamiento lesivo, funda una obligación de resarcimiento del daño injusto" (40). Larenza cataloga como "inadmisibile todo ejercicio de un derecho que infrinja en el caso concreto las buenas costumbres o las consideraciones que dentro de la relación obligatoria o de otra especial vinculación jurídica está obligada a adoptar cada parte respecto a la otra, según la buena fe" (41).

Para proceder con absoluto rigor deberíamos fijar primero qué entendemos por juridicidad y por antijuridicidad. Si se entiende por esto último la violación de la normatividad jurídica, positiva, procedemos a igualar antijuridicidad con ilicitud. A nuestro juicio la condición de un acto antijurídico reside en su contradicción con la totalidad del orden jurídico; el acto o la conducta contraria a la buena fe es antijurídico, porque el ordenamiento impone el obrar conforme al principio general. ¿Es menester la existencia de una norma expresa para la atribución del carácter antijurídico a una conducta contraria a la buena fe? Pareciera que el simple hecho de contravenir los dictados del principio no genera responsabilidad, sino cuando dicho principio ha sido positivado. Ello no es así; no es menester una norma legal. Del Vecchio entiende que aunque sólo estemos frente a una referencia genérica a los principios generales, con ello basta para la positivación y la violación de cualquier principio general general responsabilidad. "Del hecho de

que los principios generales del derecho tengan valor jurídico positivo, deriva también otra consecuencia importante: la de que su violación (lo mismo que la de las normas particulares), constituya una injuria y, por tanto, una "culpa" a la cual origina la obligación de resarcir el daño causado..." (42). La consideración de antijuridicidad debe tener en cuenta la totalidad del ordenamiento y no hay duda de que los principios generales forman parte de él.

Tenemos, pues, un comportamiento disvalioso y antijurídico. ¿Cuales son las consecuencias generadas? El Derecho no permanece indiferente a estos actos, pero la reacción es diversa según que haya o no una positivación de la exigencia de buena fe. En aquellos ordenamientos en que falta, la consecuencia será la exclusión de quien incumpla el deber genérico de buena fe, de aquellos beneficios otorgados a quien lo acate. Aun en los cuerpos legales que carecen de una norma general de imposición de la buena fe, pueden encontrarse ejemplos concretos de actuación de mala fe y sus correspondientes consecuencias. Sucede así fundamentalmente con dos temas que rara vez han quedado sin normativa específica en los códigos, nos referimos a la posesión y al fraude pauliano. Digamos antes, que las normas que contemplan la actuación del poseedor de mala fe son particularizaciones de una norma más genérica que impone el comportamiento de acuerdo con el principio; en esta regulación se prevén consecuencias favorables para quien se conduce de buena fe y se niegan esas ventajas a quien no lo hace, incluso se le aplican ciertas sanciones.

Cuando el ordenamiento contiene una norma expresa que se refiere a la buena fe como límite a la conducta permitida, al ejercicio de los derechos, y al cumplimiento de los deberes, la sanción del incumplimiento de la norma resulta más simple y casi diríamos automática.

Las consecuencias de un comportamiento contrario a lo que impone la buena fe pueden ser muy variadas; no pretendemos agotar aquí un catálogo de las posibilidades, pero sí diremos que las más frecuentes son:

a) la privación de las ventajas que corresponden a quien actúa de buena fe;

b) la sanción contra la validez o eficacia del acto o negocio jurídico de que se trate;

c) el nacimiento de la responsabilidad civil, con la obligación de resarcir los daños derivados de tal conducta.

Insistimos en que no entramos aquí en el ámbito penal, pues es sabido que muchas figuras delictivas son casos particulares de conductas contrarias a la buena fe y por tanto las consecuencias que ese actuar genera llevan a la imposición de penas pecuniarias, o privativas o libertad, o de otro tener, que no analizaremos aquí.

Ha sostenido, acertadamente, Gorphe que "hay una verdadera obligación jurídica de comportarse, en las relaciones ... con un mínimo normal de lealtad...cuya violación es sancionada, en ciertos casos por una pena, en otros por la nulidad de la convención, y más generalmente por la responsabilidad civil por daños y perjuicios" (43).

Los autores unánimemente reconocen la responsabilidad derivada de la violación de la buena fe en estos términos: "Stolfe (44) afirma que el deber de "correttezza" constituye una obligación específica y la violación de una norma de este tipo es suficiente para dar origen al menos a la obligación de resarcir los daños. Refiriéndose a la buena fe en la fase de preparación del contrato, afirma Trabucchi que "incurre, precisamente, en tal responsabilidad 'in contrahendo' aquella parte que actúa incorrectamente en la fase preparatoria a la conclusión del acuerdo. De este modo, operan en conexión, la violación de la

buena fe y la responsabilidad consiguiente..." (45). Ya vimos que también era la posición de Díez Picazo y de Montés (46). Di Majo entiende que "el no respeto de los principios de equidad y corrección no se mide en términos de invalidez del negocio (o contrato) sino en términos de negarle tutela jurídica...o de la obligación de resarcir el daño" (47).

En lo que concierne a los otros efectos que advertimos, la doctrina no es uniforme. Como acabamos de ver Di Mayo entiende que el incumplimiento de la buena fe no deriva en la invalidez del negocio, sino en la privación de tutela jurídica (48). Hay que tener presente que la óptica desde la que Di Majo enfrente el problema es la de las condiciones generales de la contratación y por ello se manifiesta en favor del mantenimiento del negocio, aplicándole las correcciones pertinentes y negando tutela jurídica para aquellos efectos derivados de la estricta violación de la buena fe, o de la 'correttezza' para utilizar los términos del Código civil italiano. La afectación del negocio o acto en sí no es una consecuencia siempre presente en los casos de violación de la buena fe, sino sólo una de las tantas posibilidades sancionatorias. Además, en caso de elegirse esta solución no es necesario que la sanción de invalidez afecte toda la relación jurídica, sino que puede limitarse a algunos de sus concretos aspectos. Entre la hipótesis en que el ordenamiento reacciona afectando la validez o eficacia del acto o mejor dicho, afectando la eficacia de la conducta violatoria de la buena fe, y la validez de los negocios o actos por ella engendrados, destacan con perfiles propios los supuestos de fraude pauliano, o los casos de actuación del mandatario más allá de los límites del mandato, entre otros.

Una de las hipótesis en que se niega eficacia jurídica o se afecta la validez del resultado de una conducta contraria a la buena fe es la de la corrección de las condiciones generales de contratación.

La obligación de actuar conforme a las normas de la buena fe no hacen sólo a la ejecución del contrato sino que se extiende a la celebración y a la conducta previa. La imposición indiscutida de ciertas condiciones generales de contratación atenta muchas veces contra la buena fe que debe guiar a quienes han de celebrar un contrato (49).

Sostiene Siebert (50) que "la lesión contra la buena fe no es ningún motivo de desaparición del derecho, pues su existencia no se aniquila por el hecho de que se intente ejercer fuera o más allá de sus límites inmanentes". La afirmación es aceptada. Parte Siebert de la consideración normativa estricta de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos subjetivos, y advierte que un ejercicio contrario a la buena fe (de la misma manera, agregamos nosotros, que un ejercicio abusivo), no determina la pérdida del derecho mismo. Producido el acto contrario a la buena fe, podrán aplicarse las sanciones que hemos mencionado a título de ejemplo, pero el derecho no desaparece y es susceptible de nuevo ejercicio. Lo afirmado no se limita a la consideración estricta de los derechos subjetivos, sino que puede extenderse a todo el campo de comportamiento que hemos delimitado. En última instancia estamos frente a un "super-derecho", el derecho de libertad o el derecho de acción, o el cumplimiento de aquello de que "todo lo que no está prohibido está permitido"; pues bien, en el ejercicio de este derecho de libertad hay que respetar la buena fe, pero el hecho de que alguna conducta contravenga dicho principio, no significa que se pierda el derecho o la posibilidad futura de usarlo.

Ejemplos claros de negación de ventajas derivadas de la buena fe, aparecen en materia de posesión; verbigracia, cuando al poseedor de mala fe se le obliga a restituir frutos. También hay que tener presente la falta de protección de la apariencia cuando se actúa contra-

riando la buena fe; o la no concesión de derecho de retención. En el ámbito comercial, tiene suma relevancia el comportamiento de buena fe del comerciante y así, es a menudo sancionado, en caso de contravención, a través de la negación de ciertos beneficios, por ejemplo, los derivados del concordato.

- (1) HERNANDEZ GIL, A. "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe" (discurso de apertura de curso) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, p. 38; y en "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980, p. 187.
- (2) Tomando, a título de ejemplo, las definiciones que proporciona Castán diremos que derecho subjetivo es "la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico" y deber jurídico es "la necesidad de observar una determinada conducta que impone al sujeto el ordenamiento jurídico, bajo la amenaza de una sanción". CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español, común y foral", T.I, Vol II (13a. edic.) (revisada por De los Mozos), Reus, Madrid, 1982, p. 22 y ss.; ver también ESPIN CANOVAS, D. "Manual de Derecho Civil Español", 8a. edic., Ederza, Madrid, 1982, Vol. I, p. 230 y ss.
- (3) DABIN, J. "El derecho subjetivo" (trad. Osset), Ed.Rev.Der.Priv., Madrid, 1955.
- (4) Empleamos aquí la palabra obligación en el sentido del lenguaje natural y no con las connotaciones y denotaciones que le atribuye el lenguaje técnico-jurídico.
- (5) Conf. LARENZ, K. "Derecho de Obligaciones" (trad. Santos Briz), Ed. Rev.Der. Priv., Madrid, 1958, T. I, en especial, p. 114.
- (6) Sobre el tema puede verse, CORRADINI, D. "Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato", Giuffrè, Milán, 1970.
- (7) Ver nuestro "El poder jurisdiccional frente a los valores jurídicos de seguridad y justicia", en R.G.L.J., t. LXXXI (1980), p. 459 y ss., en especial Cap. IV. Consultar para estos temas CASTAN TOBEÑAS, J. "La idea de justicia social" (discurso de apertura de Tribunales), Reus, Madrid, 1966; "La idea de justicia (su trayectoria doctrinal y la problemática de sus contenidos)" en R.G.L.J., t. LVI (1968), p. 173 y ss.; "La relación de rango entre las exigencias individuales y las exigencias sociales de la Justicia", Rev. Der. Español y Americano, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1968; MARIDAN, J. "De la justicia social" (trad de J.M.Vallet de Goytiso-lo), Speiro, Madrid, 1967; VALLET DE GOYTISOLO, J. "En torno al Derecho Natural", Org. Sala, Madrid, 1973.
- (8) GORPHE, F. "Le principe de bonne foi", Dalloz, Paris, 1928, p. 101.
- (9) Citado por GORPHE, F. ob. cit. en nota anterior, p. 103.
- (10) Sobre el tema pueden verse, CASTAN VAZQUEZ, J. "El abuso del dere-

cho en el nuevo título preliminar del Código civil", en el volumen "Estudios sobre la Reforma del Título preliminar del Código Civil", Academia Matritense del Notariado, T. I, Madrid, 1977, p. 469 y ss.; LLUIS Y NAVAS, J. "El ejercicio antisocial del derecho: su teoría general", en R.G.L.J., t. LXXXI (1980), p. 115 y ss. Para una completa guía bibliográfica ver CASTAN TOBEÑAS, J. ob. cit. en nota 2, p. 55 y ss.

- (11) Ver el comentario de PAZ-ARES, C. a una tesis relativa al art. 2 del Código civil suizo, presentada por Zeller, en ADC t. XXXV (1982), p. 173 y ss.
- (12) DIEZ PICAZO, L. prólogo a la obra de WIAECKER, F. "El principio general de la buena fe" (trad. Carro), Civitas, Madrid, 1977, p. 19. En idéntico sentido, MONTES, V. comentario al art. 7.1 del Código civil español en "Comentarios a las Reformas del Código Civil", Tecnos, Madrid, 1977, T. I, p. 356 y ss, en especial, p. 364. Véase también DIEZ PICAZO, L. "Abuso del derecho y fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código civil y el problema de sus recíprocas relaciones", en Doc.Jur., 1974, Nº 4, p. 1324 y ss.
- (13) GORPHE, F. ob. cit. en nota 8, p. 102.
- (14) Idem nota anterior, p. 104. Sobre la relación entre buena fe y abuso del derecho puede verse también MARTINEZ CALCERRADA, L. "La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites al ejercicio de los derechos", R.D.P., t. LXIII (1979), p. 434 y ss.
- (15) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 12, p. 72.
- (16) Sobre el tema, véase BRECCIA, U. "Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffrè, Milán, 1968, y la bibliografía allí citada.
- (17) Idem nota anterior. Véase también, NATOLI, U. "La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 del C.C)", en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 119 y ss.; y BIGLIAZZI GERI, L. "Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente (con particolare riferimento alla cessione dei crediti)", en Riv.Trim.Dir.Proc.Civ., 1968, p. 1314 y ss, y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 179 y ss.
- (18) MONTES, V. ob. cit. en nota 12, p. 364.

- (19) Conf. LARENZ, K. ob. cit. en nota 5, p. 144.. En el mismo sentido GALOPPINI, A. "Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale", en Riv.Trim.Dir. Proc.Civ., 1965, p. 1386 y ss. y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 613 y ss.
- (20) TRABUCCHI, A. "Instituciones de Derecho Civil" (trad. Martínez Calce-rada), Ed.Rev.Der.Priv., Madrid, 1967, T. II, p. 176. En contra, DI MAJO, A. "El controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto", en Riv.Dir.Comm., 1970, Nº 5-6, p. 192 y ss; sostiene este autor que el criterio de buena fe no es útil para limitar la conducta en la fase de constitución o celebración del contrato; en especial, p. 223.
- (21) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 12, p. 12. En el mismo sentido, BETTI, E. "Teoría general de las obligaciones" (trad. De los Mozos), Ed.Rev.Der.Priv., Madrid, 1969; DE LOS MOZOS, J. "El principio de la buena fe", Bosch, Barcelona, 1965, en especial, cap. V, p. 144 y ss.
- (22) GORPHE, F. ob. cit. en nota 8, p. 47.
- (23) Código Civil argentino, art. 3079.-"Si en la constitución de la servidumbre de tránsito no se expresa el modo de ejercerla, el derecho de tránsito comprende el de pasar de todos los modos necesarios, según la naturaleza y destino del inmueble al cual se dirige el paso. Si no se hubiere determinado el tiempo del ejercicio de la servidumbre, sólo se podrá pasar de día, si el lugar fuere cerrado y a cualquier hora, si no lo fuere. Cuando el derecho de tránsito tuviese determinado modo de ejercerse, el dominante por ninguna causa o necesidad, puede ampliarlo ejerciéndolo de otra manera, o haciendo pasar personas o animales que no comprenda la servidumbre".
Ver Cap. IX.
- (24) GORPHE, F. ob. cit. en nota 8, p. 105.
- (25) BRECCIA, U. ob. cit. en nota 16, p. 136.
- (26) Sobre la doctrina de los propios actos, ver DIEZ PICAZO, L. "La doctrina de los propios actos", Bosch, Barcelona, 1963, y la bibliografía allí citada.
- (27) Ver ejemplos en los puntos del cap. IX.
- (28) HERNANDEZ GIL, A. "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980, p. 201.
- (29) Idem anterior
- (30) Idem, p. 199.

- (31) Sobre el tema puede verse GÓMEZ ACEBO, F. "La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del derecho y su eficacia en el Código Civil", R.D.P., t. XXXVI (1952), p. 101 y ss. y 192 y ss.
- (32) GORPHE, F. ob. cit. en nota 8, p. 121.
- (33) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 28, p. 526.
- (34) AMOROS GUARDIOLA, M. "La protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe", A.D.C., t. XXV, (1972), p. 189 y ss., en especial, p. 210.
- (35) Sobre el punto ver BRECCIA, U. ob. cit. en nota 16 y también ZANA, M. "La regola della buona fede nell'eccezione d'inadempimento", en Riv. Trim.Dir.Proc.Civ., 1972, p. 1376 y ss. y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 353 y ss. En contra, LARENZ, K. ob. cit. en nota 5, p. 152 y ss.
- (36) Conf. HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 28, en especial, cap. VI, p. 363 y ss., en especial, punto 2.
- (37) MONTES, V. ob. cit. en nota 12, p. 364.
- (38) Idem nota anterior, p. 365.
- (39) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 12, p. 20.
- (40) GALOPPINI, A. ob. cit. en nota 19, p. 648.
- (41) LARENZ, K. ob. cit. en nota 5, p. 150.
- (42) DEL VECCHIO, G. "Los principios generales del Derecho" (trad. Osorio Morales), 3a. edic., Bosch, Barcelona, 1979, p. 58, nota 10.
- (43) GORPHE, F. ob. cit. en nota 9, p. 45.
- (44) STOLFI, N. "Il principio di buona fede", en Riv. Dir. Comm, 1964, p. 163 y ss.
- (45) TRABUCCHI, A. ob. cit. en nota 20, p. 176.
- (46) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 12, p. 20 y ss; MONTES, V. ob. cit. en nota 12, p. 365.
- (47) DI MAJO, A. ob. cit. en nota 20, p. 231.
- (48) Idem nota anterior.
- (49) En contra DI MAJO, A. ob. cit. en nota 20. Entiende este autor que la buena fe puede ser útil para corregir las condiciones generales redactadas; pero afirma que la buena fe no es criterio útil para regular el comportamiento en las fases de tratativas contractuales.
- (50) Citado por WIAECKER, F. ob. cit. en nota 12, p. 91, nota 100.

CAPITULO VIII

LA BUENA FE COMO CRITERIO INTEGRADOR

Sumarios:

1. Aproximación a la función integradora.
2. La buena fe en el proceso de integración. Delimitación del ámbito de la integración.
3. Efectos derivados de la actuación de la buena fe como criterio integrador.

Hemos de limitarnos en el presente capítulo a contemplar la función de la buena fe como criterio integrador de la regulación del negocio jurídico, o en sentido más amplio de la relación jurídica. En estas hipótesis el criterio de buena fe es una de las pautas a las que se recurre en busca de guía para completar y hasta para corregir la regulación aplicable a una determinada relación jurídica. Dejaremos para más adelante lo que podría denominarse la integración del total ordenamiento jurídico, integración que viene impuesta por la modificación de las circunstancias socio-económicas y que determina la aparición de nuevos problemas. El cambio social trae aparejado el surgimiento de realidades nuevas que necesitan ser contempladas por el Derecho; cuando tales modificaciones fácticas o reales no se reducen a pequeñas variaciones en una relación jurídica ya contemplada, sino que significan la incorporación de relaciones jurídicas nuevas que no encuentran cabida en el ámbito de las ya reguladas y contempladas por el ordenamiento, el criterio de "buena fe actúa como integrador y en base a las normas en él contenidas que el cambio social encuentra cauce jurídico adecuado (1).

1. APROXIMACION A LA FUNCION INTEGRADORA.

¿En qué consiste la integración? Se trata de un interrogante que ha recibido respuestas de muy variado calibre. Se pone el acento a menudo en el aspecto de completar, hacer íntegro, componer con todas las partes. Los juristas se han hecho eco de la idea general y han unido siempre el tema de la integración al de las lagunas del Derecho (2); en este sentido sostienen que "mediante la integración "no se trata de establecer el significado de una norma, sino de suplir o salvar un defecto del material normativo del que de modo inmediato se dispone" (3).

Se ve, pues, en la integración el modo de completar o suplir esas lagunas del Derecho. Nosotros creemos que la integración no se limita a esa función, sino que pensamos, es asimismo una forma de corregir ciertos defectos de la regulación, mediante la incorporación de nuevas normas. De los Mozos, admite también, la posibilidad de "corregir la voluntad privada que ha dado vida al negocio" (4).

Tan íntima es la vinculación entre la interpretación y la integración que muchos se inclinan a negar autonomía a esta segunda operación, que sólo tendría lugar como una forma particular de interpretación. La interpretación integradora se ha perfilado así como una interpretación que tenga en cuenta la totalidad del ordenamiento jurídico y no la estrecha parcela de la norma en cuestión. Esta aparente confusión viene determinada por la concepción de lo que es la integración y su vinculación con las lagunas del Derecho, a lo cual se suma una visión más o menos positivista, según la cual las "lagunas" deben cubrirse recurriendo a las mismas normas ya explícitas en el ordenamiento, mediante el proceso de analogía.

Hemos repetido en varias ocasiones que las funciones desempeñadas por el principio de buena fe no constituyen compartimentos estancos sin vinculación alguna, sino que tienen muchos puntos de contacto. Distinguimos sí, en puridad de conceptos, la interpretación de la integración, pues pensamos que son dos actividades distintas. La primera consisten en encontrar o descubrir el significado de una norma dada, mientras la segunda consiste en descubrir o crear la norma misma (5). No puede, sin embargo, establecerse una correlación de tipo cronológico entre ambas etapas del proceso de comprensión y aplicación del Derecho; lo más frecuente es que el intérprete se encuentre con alguna laguna en la regulación de la relación jurídica y recurra entonces a la integración para

corregirlo, en el caso de que admitamos que la integración va más allá de la mera complementación.

Hay que distinguir lo que es la interpretación rectificadora de la integración; en el primer caso estamos en presencia de una expresión confusa, pero a la que subyace una idea clara, mientras que en la segunda hipótesis, el supuesto de origen son ideas confusas en sí. Enneccerus ejemplifica la hipótesis de interpretación rectificadora haciendo referencia a la corrección que se introduce en un texto deficientemente redactado (6). La integración consiste en introducir o hacer explícitas normas jurídicas no contempladas. Siempre siguiendo a Enneccerus, diremos: "que cuando la ambigüedad afecta a las ideas y no a las declaraciones, lo mismo que antes la imprevisión de alguna de las posibles circunstancias "el intérprete tiene la importante misión de desentrañar de los usos del tráfico, de las circunstancias que acompañan al negocio y de las experiencias de la vida, el verdadero propósito latente de las partes, y completar o rectificar esa intención frente a sus propias omisiones o fallas para darle validez o completar las lagunas del contrato" (7). Larenz parece identificar la integración con la interpretación complementaria, operación que tiene lugar precisamente frente a una laguna de la regulación pactada y que "no es interpretación de declaraciones de voluntad en particular, y de su significado normativo, sino interpretación de la regulación objetiva creada por el contrato (8).

La tarea de completar la regulación constituye a nuestro juicio auténtica integración del estatuto de la relación, y debe llevarse a cabo en correspondencia con criterios objetivos de normatividad y atendiendo a los módulos de valoración admitidos por las partes, y las circunstancias del caso concreto.

El tema se vincula con lo que tradicionalmente se ha de-

nominado fuentes supletorias del Derecho. Frente al silencio de los grados normativos superiores van entrando en vigor sucesivamente los inferiores, que de otra forma no tendrían aplicación. El esquema clásico en la materia establece una estricta jerarquía entre las diversas fuentes del Derecho que, en términos generales, podríamos configurar como "ley - costumbre- jurisprudencia - principios generales del Derecho - doctrina de los autores". Muy discutido es el punto relativo a la validez intrínseca de la jerarquización, a la inmovilidad de los términos de la escala, etc.; no podemos ahora considerar detenidamente estos asuntos, diremos sí que la jerarquización estricta responde a un paradigma positivista ampliamente superado, aunque no suficientemente corregido en la realidad de los ordenamientos.

El ordenamiento jurídico es un todo en el que todos los elementos se orientan a la realización de un determinado fin, llámese bien común, justicia, paz, o de cualquier otra forma; pues bien, en este panorama todas las fuentes normativas reconocidas operan conjuntamente. La jerarquización para ser válida debe responder a la realidad intrínseca de las fuentes mismas, a su validez e importancia. No puede limitarse la aplicación de los principios generales del Derecho para la hipótesis extrema de que no haya ni ley, ni costumbre aplicable. Por más que así lo diga un artículo específico de un código, no puede desconocerse la esencia misma de estos principios que están en y por sobre y antes de las normas concretas, por ser las instancias que informan y legitiman las disposiciones particulares (9).

La integración no significa la puerta a la introducción de cualquier norma jurídica que al intérprete se le ocurra, sino que debe realizarse de acuerdo a ciertos cánones o criterios que sirvan de guía y fundamento a las decisiones de quien lleve a cabo la integración.

Por lo general los mismo ordenamientos se ocupan, principalmente en materia de contratos, de mencionar cuáles han de ser los medios a los que se ha de recurrir para integrar la regulación deficiente de las relaciones jurídicas. Los usos del tráfico, la costumbre local, las circunstancias del propio negocio, entre otros, son los criterios más frecuentes; junto a ellos aparece la buena fe. Todos estos criterios incluido el principio de buena fe, ejercen en estas hipótesis una función normativa importante, actúan como fuentes de Derecho, en el sentido de que de ellos derivan derechos y, sobre todo, surgen obligaciones. Estamos frente a lo que en la clásica división dicotómica de la buena fe, se denomina buena fe objetiva.

La existencia de criterios múltiples para llevar a cabo la integración plantea nuevamente el tema de la jerarquía de los mismos. Parece que a ese orden jerarquizado corresponde la enunciación de las normas jurídicas de carácter supletorio que menciona Díez Picazo: "normas legales dispositivas, normas consuetudinarias y normas derivadas de la buena fe contractual" (10). Nosotros entendemos que no puede fijarse a priori un orden estricto de la jerarquía entre los diversos criterios; se trata de pautas que el legislador ha señalado como posibles vías a tener en cuenta (11). Los criterios están ahí como una opción posible; a ellos deberá recurrirse según las circunstancias del caso, teniendo en cuenta cuál sea el estadio más adecuado. Lo que sí queda claro es que la buena fe no será el último peldaño, la última opción, pues ella representa la esencia de la conducta debida en una relación jurídica.

2. LA BUENA FE EN EL PROCESO DE INTEGRACION

Cuando la buena fe actúa como criterio de integración

su normatividad propia aparece nítidamente; surgen del principio normas jurídicas concretas aplicables a la regulación de una relación jurídica dada. No hemos de reiterar aquí cuál es el contenido del principio (12), pero queda de manifiesto que ese contenido es el adecuado para completar y corregir la regulación prevista por las partes o por la ley. La aplicación de la buena fe con esta función surgió precisamente en materia contractual, dando nombre a toda una clase de contratos en el antiguo Derecho romano: los contratos 'bonae fidei'. No debe, sin embargo, limitarse la utilización del principio con esta función exclusivamente a los contratos, sino que debe ampliarse a la regulación de toda relación jurídica, sea o no ^{de} fuente contractual.

No todos los autores reconocen esta función del principio de buena fe. Breccia, por ejemplo, se manifiesta abiertamente en contra del funcionamiento de la buena fe como fuente de obligaciones, o de los llamados deberes secundarios de conducta. En este sentido afirma que "de buena fe como fuente de obligaciones o deberes secundarios se puede hablar o con referencia a obligaciones ya existentes ex-lege, o con referencia a ulteriores obligaciones respecto a aquellas ya legalmente o contractualmente previstas"(13); en el primer supuesto, lo máximo que puede llegarse a admitir es que el legislador "se ha inspirado en el criterio político de la buena fe...para dictar aquella norma, pero no es dable inferir nada más" (14). "No se trata -afirma- de integrar el contrato, la relación obligatoria, sino de interpretar adecuadamente la voluntad de las partes, haciendo eventualmente explícito, cuanto en ella debe objetivamente considerarse implícito" (15).

Para Breccia, la teoría que atribuye a la buena fe la función de fuente de deberes secundarios de conducta no es otra cosa que el intento de aliviar al deudor de la carga de responsabilidad que

le compete, poniendo a cargo del acreedor algunos deberes cuyo incumplimiento generará indemnización a favor del deudor (16). La objeción no nos parece atinente; el funcionamiento de la buena fe como criterio de integración no se lleva a cabo con el fin de generar responsabilidades en cabeza del acreedor, sino para completar una regulación en la complejidad de todos sus matices; la responsabilidad que puede corresponder al acreedor es consecuencia de la explicitación de esos deberes que integran la que debe ser su conducta.

Tampoco Natoli acepta el valor integrativo del principio de buena fe; sosteniendo que la buena fe es uno de los criterios de valoración de la conducta pero no es fuente de derechos y deberes más allá de los que surgen de la voluntad de las partes, provienen de la ley o están determinados por los usos y las costumbres (17). Es precisamente en la doctrina italiana donde se manifiesta, aunque no como mayoritaria, esta tendencia a negar valor a la buena fe como criterio de integración; ya respecto a otros aspectos hemos señalado que las posiciones italianas en la materia vienen profundamente influenciadas por la normativa del Código civil vigente. Siguiendo esquemas positivistas, y asumiendo una posición marcadamente dogmática, estas consideraciones se apoyan en el hecho de que el legislador de 1942 ha previsto dos normas distintas, una para la integración y otra para la ejecución del contrato -arts. 1374 y 1375 respectivamente-, mencionando a la buena fe sólo en la segunda. Más allá de estas teorías que buscan explicar, dando pleno sentido, a dos normas diversas del ordenamiento, es unánime el reconocimiento de la utilidad y aplicabilidad de la buena fe como criterio de integración de la regulación de una relación jurídica.

Admiten la integración en base al criterio de buena fe

entre otros, Larenz (18), Díez Picazo (19), Gorphe (20), y De los Mozos (21). Sostiene con acierto De los Mozos que en estas hipótesis la función de la buena fe es configuradora "porque influye en el contenido del negocio" (22); "en la integración, la buena fe viene a completar el cuadro de los efectos del negocio" (23).

Si bien somos partidarios de dar a la integración un significado amplio, comprensivo no sólo de aquellos supuestos en que se produzca una laguna en la regulación, sino también de los supuestos en que la integración actúa correctoramente, nos parece indispensable abordar el tema de los límites de la integración.

La buena fe es el criterio que mejor sirve a la función de integrar un negocio jurídico, pues, como hemos reiterado, representa la consagración de aquellos deberes y pautas de conducta que deben observarse en la vida de relación, contemplada desde el punto de vista jurídico. El campo de acción del principio, sin embargo, tiene su marco. Los límites son de dos tipos: por un lado existen unos límites externos; por otro, los hay internos. Los primeros contribuyen a perfilar las hipótesis en que habrá lugar a la integración, responden a la pregunta ¿en qué casos procede la integración de una regulación?. Los segundos se plantean en una fase posterior y contribuyen a la fijación del alcance de la integración, responde al interrogante ¿qué es posible incorporar por vía de integración?. Finalmente, entre en la fijación del ámbito de la integración el tema, que sólo presenta a nuestro juicio interés dogmático, relativo a la determinación del terreno sobre el que se opera la integración, ¿qué es lo que se integra, el contrato o la voluntad de las partes?

Ya en la introducción al presente capítulo decíamos que

se ha vinculado tradicionalmente el tema de la integración al de las lagunas; en concreto cuando se trata de la integración del contrato o de la regulación de cualquier relación jurídica, la mayor parte de los autores considera que esta operación sólo procede frente a una laguna en la regulación. Díez Picazo afirma que "las normas jurídicas de carácter supletorio en función de integración de las lagunas del contrato son..." (24), dando por sentado que estas normas sólo proceden en la hipótesis en que se plantee una laguna. Enneccerus también se refiere a las "lagunas del contrato", (25), sin embargo, creemos que amplía en cierta medida los linderos ya que antes, al describir la integración, se refiere a "completar o rectificar" la intención de las partes "frente a sus propias omisiones o fallas" (26), con lo cual admite la posibilidad de una integración correctora y otra supletoria. Por su parte, afirma Von Thur que "de la idea de la buena fe se deriva...el que las lagunas de los contratos deban suplirse por el juez, mediante una racional ponderación de los intereses de ambas partes" (27). Al parecer, para este autor, sólo tendría lugar la integración complementaria con base en una laguna; sin embargo, más adelante el propio Von Thur admite supuestos en que hay integración correctora: "también deriva de la buena fe el que puedan cancelarse o reducirse las obligaciones del deudor, cuando por efecto de una total transformación de las circunstancias,...,fuese irracional e inadmisibile mantener al deudor atado a su palabra, o cuando por otra razón cualquiera, resulte un abuso hacer efectivo el crédito" (28).

Nosotros entendemos que por vía de integración, mediante el principio de buena fe, el juez puede proceder a corregir aquellas disposiciones del estatuto de la relación jurídica que sean notoriamente improcedentes o injustas. Admitimos, pues, una integración supletoria y otra correctora. ~~De las lagunas~~

Las lagunas pueden ser de dos tipos: a) la laguna propiamente dicha, o laguna originaria, que es la falta de normas aplicables a una determinada situación de hecho, porque esas normas no estaban previstas por la regulación correspondiente; b) la laguna sobreviniente por mutación (29), es decir la falta de norma aplicable derivada de la modificación de las circunstancias previstas; el supuesto de hecho previsto ya no corresponde exactamente con el acontecer real, las circunstancias surgidas con la ejecución del contrato, o la vida de la relación jurídica en cuestión, determinan que se planteen situaciones que el estatuto normativo sólo en apariencia tomó en consideración. En ambas hipótesis estaremos frente a una integración complementaria o supletoria, aunque cuando se trate de cubrir el segundo tipo de lagunas, la integración pueda asumir un carácter distinto, correctivo (30).

¿Cuándo procede la integración correctora? Será menester que la aplicación de la solución prevista conduzca a soluciones disvaliosas. No propiciamos la intervención judicial de oficio para corregir todas y cada una de las disposiciones de cualquier relación jurídica que resulte injusta. En este supuesto es necesaria una instancia de parte. Frente al requerimiento de quien tenga interés legítimo, el juez podrá proceder a la integración del estatuto, integración que en este caso no consiste en completar, sino en corregir; no se incorpora una norma nueva, basada en el principio de buena fe, sino que se corrige una norma que atenta contra este principio básico en la regulación de la relación jurídica; hay, pues, un reemplazo.

Se nos dirá que esta teoría genera inseguridad, pues cualquiera podría recurrir solicitando la modificación del estatuto jurídico aplicable a la relación jurídica en que se ve involucrado. A ello respondemos que las disposiciones que podrán atacarse son aquellas que

atenten contra las normas o directivas contenidas en el principio de la buena fe. Compartimos el criterio de Von Thur en el sentido de que el apartamiento de la regulación tiene carácter marcadamente restringido; "no debe olvidarse que los casos en que la buena fe autoriza al deudor a apartarse del contrato tienen carácter de excepción" (31).

Siendo la buena fe la máxima que debe presidir la actuación con trascendencia jurídica, y tratándose además de uno de los principios informadores del ordenamiento, no puede ampararse, o impedirse la corrección, de aquellas reglas que contradigan sus dictados. Pero, reiteramos, será menester que la parte afectada manifieste un requerimiento en tal sentido, ya que el interés genéricamente amparado por la buena fe es el propio de cada uno de los sujetos que toman parte en una relación jurídica, o a los que afecta cierta conducta de otro; en la hipótesis de la buena fe el interés general o común aparece en un plano de fondo, su logro depende del respeto mutuo y la lealtad en las relaciones interpersonales.

El problema es más acuciante en materia contractual en donde no se concibe que quien voluntariamente ha suscripto una determinada regulación para sus relaciones jurídicas, venga luego, invocando la buena fe, a tratar de removerlas. Si bien esta concepción de las relaciones contractuales pudo responder a una época pasada, la moderna realidad de la contratación en masa genera en muchas hipótesis la aceptación de cláusulas o normas en la regulación que son contrarias a la buena fe y que no pueden discutirse pues la opción es: o se acepta el contrato tal cual está prefigurado o no se contrata. Son precisamente éstos, los supuestos en que será posible el cuestionamiento de alguna de las disposiciones del estatuto que rija la relación, por ser contrarias a la buena fe. No nos referimos a que se discuta la forma en que se ha contrata-

do, sino en concreto a la validez de una disposición específica proveniente de estas formas modernas de contratación (32).

Gorphe sostiene, refiriéndose a las cláusulas de los contratos de adhesión, que "el juez tiene derecho de corregirlas según la buena fe y completarlas según la equidad" (33). Comparte esta idea Di Majo quien afirma que el criterio de buena fe representa un elemento útil para lograr la corrección de determinadas cláusulas, de las llamadas condiciones generales, aunque recalca que no es el de la buena fe el camino apto para atacar la forma de contratación por adhesión, como ya hemos hecho notar (34).

Si cuando se trata de corregir una regulación derivada de la voluntad de las partes se plantean algunas objeciones, éstas son aun mayores cuando de corregir, determinadas normas del ordenamiento legal, se trata. Prácticamente toda la doctrina se muestra abiertamente contra una posibilidad semejante. Somos conscientes de que proponemos lo que desde un estricto positivismo se considera una auténtica herejía. Pese a ello, no podemos silenciar nuestra idea de que siempre que no se trate de normas imperativas -caso que sería menester analizar con más detenimiento- el juez podrá corregir aquellas disposiciones o aquellas consecuencias que estén en contradicción con los dictados de la buena fe y ello porque se trata de un principio informador del ordenamiento (35). Sin embargo, hemos de reconocer que estos supuestos no serán muchos, ni frecuentes; más que normas concretas que contradigan la buena fe, se planteará la hipótesis de consecuencias de esas disposiciones que sean contrarias al principio.

En resumen, nuestra posición es que la integración procede tanto con efectos supletorios, o complementarios, como con una finalidad correctora de las disposiciones, o sus consecuencias, que contra-

digna en principio de buena fe.

Procede ahora determina cuál es el límite interno; también en este punto la doctrina está dividida. Para un sector, las normas que se incorporen mediante la integración deben estar latentes en la regulación misma, o en la voluntad de las partes -recuérdese que por lo general el tema se ha tratado con relación a la esfera de los contratos-; la integración no sería una auténtica creación, sino la explicitación de lo que ya estaba presente. En esta postura, destaca la opinión de Enneccerus; advertíamos al referirnos a los límites externos que este autor parecía admitir la integración correctora, pero el margen de la para la corrección es muy reducido. Tanto para la integración supletoria como para la modificatoria del linde es que ella "no puede llevar a admitir un contenido de pensamiento que no pueda hallarse en modo alguno en la declaración o que esté en contradicción con la intención de las partes" (36). De manera que la norma que se incorpore deberá hallarse en cierta medida en la propia declaración o aparecer inequívocamente en la intención de las partes, Ampliando la referencia a cualquier estatuto de regulación diremos que, de acuerdo a esta orientación, la norma que mediante la integración se incorpore debe proceder de la misma regulación.

Ya hemos visto que Breccia negaba a la buena fe validez como criterio de integración; no es una fuente autónoma de obligaciones. Cuando se dice que la buena fe actúa como criterio de integración lo que hace es ampliar o prolongar el ámbito de la obligación que surge de cualquiera de las otras fuentes reconocidas (37); "la función desarrollada por la regla de la buena fe -sostiene Breccia- es ciertamente una función constructiva, en el sentido de dar plenitud de 'estrinsecazione' al contenido de la obligación" (38). Como vemos aunque no se de a esta

función el nombre de integración, responde a una de las acepciones en que se entiende el término; pareciera subyacente en el pensamiento de Breccia la idea de que una propuesta "integración" en estos límites tan reducidos, no lo es auténticamente.

Nosotros estimamos que la integración no puede limitarse a una mera explicitación de lo que ya está latente, para lo cual bastaría una interpretación amplia y respetuosa del espíritu del contrato, o de lo que las partes entendieron o quisieron hacer (39). La integración puede, si ello es necesario, ir más allá. La buena fe es la fuente más adecuada para llevar a cabo la integración y no significa recurrir a nada extraño a las partes, pues no puede presumirse que las partes hayan obrado intencionalmente de mala fe; la buena fe debe presidir la conducta de los hombres en sus relaciones y si en la regulación de las mismas hay alguna laguna nada más simple y lógico que recurrir a lo que de buena fe las partes debieron intentar.

Surge, pues, el problema de si la integración podrá ir en contra del ordenamiento legal. A ello responde Di Majo afirmando que cuando se aplica la buena fe como criterio supletorio integrador, "no se trata de tutelar y proteger los valores de una ética individual que debe informar las relaciones inter-partes, sino de conciliar la regulación generalizada...con el respeto de los diversos valores sociales, tutela que puede resultar incluso contraria al ordenamiento (tanto legal como pacticio) existente" (40). Por lo general, siempre que estemos frente a un ordenamiento que reconozca el principio de buena fe como informador, la regla general será que no habrá contradicción entre el ordenamiento y las normas integradas. La contradicción puede aparecer en las hipótesis en que surge una laguna por mutación; en estos casos la aplicación integrativo-correctora de la buena fe llevará a soluciones que contradigan el

ordenamiento legal o pactado, según los casos, pero la contradicción en realidad no será más que aparente, pues la norma contradicha ya no se aplica a la hipótesis planteada para lo cual ha debido crearse una norma derivada del principio de buena fe. Podrá darse, entonces, un caso de contradicción con una norma específica, pero no una contradicción genérica ya que el propio ordenamiento reconoce a los principios generales -entre ellos el de buena fe- como informadores.

Para terminar el itinerario que nos habíamos fijado en aras de perfilar el ámbito de aplicación de la integración, se ha discutido en doctrina si lo que se integra es la voluntad de las partes o el contrato. Si lo que se integra es la voluntad, o mejor dicho la declaración de voluntad de las partes, habría que recurrir a la interpretación del contenido de dicha voluntad. Si, por el contrario, lo que integramos es el contrato, sería necesario fijar primero la naturaleza del contrato y proceder luego a la integración.

La segunda opción es la que describe Lasarte al sostener que "en términos técnicos resultaría, pues, que interpretación (de la voluntad o declaración de las partes), calificación e integración del contrato -por este orden- constituirían operaciones profundamente interrelacionadas entre sí, pero al mismo tiempo dotadas de propia operatividad" (41). Es más, el citado autor afirma que a su juicio "la integración ha de ser referida, no ya a la voluntad de las partes (real, conjetural, o hipotética), sino al contrato en cuanto tal, considerado en su conjunto" (42). En la posición opuesta destaca la opinión de Lacruz para quien la calificación del contrato o su tipificación negocial se produce a fortiori de la integración; lo que se integra es la voluntad de las partes en un negocio concreto (43). De los Mozos entiende que lo que se integra es "la voluntad privada que ha dado vida al negocio", pero

agrega, "de manera que los efectos que de ella se producen no dependen de esa voluntad privada, entendida en forma presunta, sino de un criterio objetivo que se deduce de las exigencias de la buena fe" (44).

Lo que se integra es el estatuto aplicable a una relación concreta, sea un estatuto legal o contractual. El problema de la calificación o tipificación sólo aparece en el segundo momento. Creemos que la calificación de un contrato podrá hacerse a priori o a posteriori de la integración ya que esta operación no puede afectar la calificación del negocio jurídico concreto, calificación que generalmente depende de notas importantes y capitales que no pueden ser modificadas ni creadas por vía de integración. Si las partes han celebrado un contrato "x" pueden haber dejado sin prever muchos supuestos, pueden haber introducido normas que atenten contra la buena fe, pero para que haya contrato debe haber una tipificación de las prestaciones; la integración no puede trocar una compraventa en comodato, ni una donación en permuta, lo que podrá, sí, es completar y corregir defectos, pero nada más. No debe verse aquí, contradicción alguna con la amplitud de límites de que nos hemos declarado partidarios más arriba; la voluntad de las partes o su expresa o latente intención no restringe las posibilidades de actuación de la buena fe, pero la integración no puede significar la invención 'ex novo' de una relación distinta de la existente.

3. EFFECTOS DERIVADOS DE LA ACTUACION DE LA BUENA FE COMO CRITERIO INTEGRADOR.

Al analizar la función de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos, o más ampliamente, como ámbito de conducta con trascendencia jurídica, decíamos que el principal objetivo en que se

traducía dicha función era la determinación de la forma de actuación, sin crearse derechos o deberes diversos, sin modificarse el contenido de las prerrogativas configuradoras de la posición jurídica del sujeto.

En la hipótesis que estudiamos ahora, la aplicación del principio de buena fe determina la modificación de ese cúmulo de poderes y deberes que integra la total posición jurídica. El principal efecto derivado de la buena fe como espauta de integración del estatuto regulador de una relación jurídica consiste en la creación de ciertos deberes que no hacen a la prestación principal, sino que la complementan, son los que la doctrina ha llamado deberes secundarios de conducta. Tratándose de relaciones típicamente bilaterales estos deberes y sus correlativos derechos, se aplican a ambas partes, en virtud de la reciprocidad característica del principio de buena fe, o mejor dicho, en virtud de su omnicomprensión como regulador de conducta. Es válida en este punto la distinción que formula Breccia entre actividad de prestación y actividad de relación (45) dentro del marco de una determinada relación jurídica. Los efectos principales de la buena fe integradora aparecen en la órbita de la actividad de relación, es decir de aquélla que se vincula con el leal y respetuoso comportamiento que se deben los hombres, implicados en una relación jurídica. Enneccerus, sin embargo, opina que "en determinadas circunstancias, de la buena fe puede resultar también que el deber de prestación sea más amplio que el contenido fijado en el contrato, o por la ley" (46), poniendo el acento en la integración que se produce como ampliación del deber de prestación. Se trata sobre todo de una cuestión terminológica que no afecta la sustancia del tema; sea que integremos estos deberes en la órbita de lo que Breccia denomina actividad de relación, sea que los incorporemos a la actividad que tradicionalmente llamamos de prestación, las consecuencias serán las mismas.

Ya hemos visto que algunos autores sostienen que estos deberes secundarios de conducta no tienen su origen propiamente en la buena fe sino que son el desarrollo pormenorizado de las obligaciones que surgen de la fuente legal de que se trate.

Para nosotros, en cambio, estos deberes y sus correlativos derechos tienen su fuente en la buena fe y son desarrollo de las reglas generales que definen el principio; constituyen especificaciones del deber de obrar honesta y lealmente. Reconoce Díez Picazo que una de las funciones del principio de buena fe es el ser causa o "fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella" (47).

Resulta casi imposible formular un catálogo cerrado de todos los deberes secundarios que tendrán su fuente en el principio de buena fe; la máxima utilidad del principio como forma de flexibilización del ordenamiento legal reside precisamente en su normatividad inagotable y en su ductilidad para adaptarse a circunstancias variables. Si bien resulta inútil el esfuerzo por formular una lista cerrada pueden señalarse líneas tendenciales; es imposible señalar en forma precisa y apriorística "el contenido normativo de la regla de la 'correttezza' y de la buena fe, pero ello no excluye la posibilidad de señalar la relevancia tendencial del criterio" (48). Sin perjuicio de esta amplitud de posibilidades destacaremos aquí algunos de estos deberes secundarios de conducta que cuentan en la buena fe su fuente.

Entre estos deberes pueden mencionarse la obligación de conservación adecuada del objeto de la prestación (alimentar a los animales, cuidar la casa, etc.); el deber de dar aviso a tiempo de cualquier circunstancia que pueda afectar a la otra parte (avisar de la noti-

ficación de una demanda, avisar si la casa sufre alguna avería, ambos en el caso de la locación); el deber de veracidad, que se apreciará sobre todo en la base previa a la concreción de la relación jurídica (deber del vendedor de mostrar los vicios que conoce en el producto, deber del empresario de una publicidad no engañosa, deber del que contrata un seguro de revelar sus circunstancias de salud, etc.); el deber de protección o seguridad, categoría en la cual los autores incluyen las obligaciones de garantía, evicción, etc.. Junto a estos deberes accesorios, que para Breccia no son más que "aspectos o especificaciones de aquel mismo contenido de la relación fundamental cuya complejidad se acepta" (49), la buena fe integra el estatuto regulador de la relación con el llamado deber de colaboración que no recae ya sobre quien tiene a su cargo la actividad de prestación, sino sobre quien es beneficiario o beneficiario de la misma. El acreedor no puede limitarse a exigir y recibir la prestación, sino que debe asumir una conducta conforme a la buena fe, poniendo todos los medios que estén a su disposición para la ejecución de la obligación.

Natoli, refiriéndose a la doctrina alemana, menciona como coordinadas orientadoras las siguientes: "a) necesidad del deudor de cumplimiento de todos aquellos actos que, aunque no específicamente comprendidos en la obligación principal de prestación, resultan instrumentalmente indispensables para la actuación de la prestación; b) necesidad de cada una de las partes de evitar que el 'contacto social' que da vida a la relación obligatoria, importe daño para la persona o el patrimonio de la otra parte; c) necesidad de ambas partes de respeto de la finalidad a la que tiende la relación... y d) necesidad por ambas partes de una cooperación recíproca con el fin de que la ejecución de la relación se desarrolle lo más ágilmente posible y del modo más ventajoso" (50).

Al igual que muchas otras normas derivadas del princi-

pio de la buena fe, muchos de estos deberes secundarios de conducta o de colaboración han sido incorporados expresamente en las normativas aplicables a una determinada relación, ya por las partes al establecer el estatuto regulador, ya por el legislador al dictar las disposiciones pertinentes. En estos supuestos la buena fe actuará a través de esas normas, sin necesidad de recurrir a la integración. Pero siempre podrá funcionar como factor de integración, respecto a otros aspectos, o para transformar en obligaciones aun más específicas las descritas por la normativa. Además sostiene al respecto Wiaecker que "los preceptos contenidos en la ley están sometidos por su parte al officium iudicis; el juez, mediante la apelación al 242, podrá también apartarse de ellos, allí donde 'en la duda' se lo permite" (51).

Sucede, en otras ocasiones, que no existe mención de estos deberes secundarios de conducta y si preguntamos al respecto, leigos y letrados nos darán la misma respuesta: "eso se sobreentiende". ¿Por qué? Precisamente porque la buena fe es la vía de incorporación de las normas de honestidad y lealtad, la introducción de la moral social en el Derecho. En estas hipótesis en que se "sobreentiende" que las partes de la relación deben comportarse como indica la buena fe es donde pueden producirse problemas, y si median discrepancias será menester integrar el estatuto regulador.

Permítasenos aquí una digresión. Interesa destacar que la integración no se produce sólo por vía judicial, Hay una tendencia inconsciente a tratar todos estos temas "en sede judicial". El Derecho como fenómeno global no se agota en los estrados tribunales; ha dicho con acierto Hernández Gil que hay más Derecho vivido que el que pasa por los despachos de los jueces (52). La integración no se produce sólo cuando el juez interviene en una causa; pensamos que la tarea de integración puede

llevarla a cabo el abogado ante una consulta, o las mismas partes, cuando surge la necesidad de completar o corregir; sólo cuando no se llegue a una solución satisfactoria habrá de recurrirse al juez. Pero, si bien se ve, cuando el caso llega a los estrados judiciales lo más probable es que se busque una reparación del perjuicio derivado de la falta de cumplimiento de los deberes secundarios; rara vez se acude al arbitrio del juez para determinar a priori cuáles son los deberes específicos que la buena fe regula para el caso concreto.

Así, como hay interpretación "antes del juez", también hay integración "antes del juez". Si se aduce en contra de lo dicho que esa sería una integración intuitiva, hemos de responder que puede resultar intuitiva si por ello se entiende procedente de un análisis no científico del tema. Por otro lado, la objeción sólo será aplicable en algunas de las hipótesis, pues la integración que lleva a cabo el abogado es igual en nivel científico a la del juez, solo que carece de poder de imposición. Aun siendo intuitiva, estamos ante una integración; y esa posibilidad de intuición, en la hipótesis de la buena fe, deriva de los contenidos que el principio incorpora. Un análisis de la realidad nos lleva a afirmar que los criterios o pautas empleados para la integración son los mismos que los que utilizan los científicos del Derecho (53).

Veamos, pues qué dicen los autores sobre estos deberes secundarios de conducta. Enneccerus, luego de admitir que la buena fe da lugar a su incorporación menciona a título de ejemplo, los siguientes: el que se compromete a dar un caballo, debe alimentarlo; el que constituye a favor del vecino una servidumbre de paso, tiene que dejar abierta la puerta (54). Gorphe, por su parte, sostiene que de la buena fe surge un deber de veracidad (55); "la buena fe obliga a hablar a enseñar, a descubrir a su co-contratante un hecho que él (la otra parte) solo po-

día conocer" (56).

Para Wiaecker, en virtud del parágrafo 242 del B.G.B. se produce el desarrollo de los denominados "deberes de protección. Por ejemplo: deberes de custodia, de información, de aclaración y de la defensa de los intereses del otro contratante" (57). También se refiere el juris ta alemán a "las obligaciones accesorias derivadas de la naturaleza de las cosas", mencionando en concreto " la obligación del prestatario de asegurar los cuadros entregados para una exposición; el deber del vendedor de introducir en la cosa vendida los cambios considerados comúnmente necesarios hasta el momento de su entrega o su derecho de intentar su mejoramiento antes del ejercicio por parte del comprador de su derecho de saneamiento por vicios ocultos; el deber del arrendador de proporcionar al arrendatario ciego un sitio para su perro lazarillo..." (58).

La incorporación, operada mediante la integración del estatuto regulador, de estos deberes secundarios produce a su vez un efecto encadenado y de importantes consecuencias prácticas. Entrando estas conductas en el ámbito de lo debido, su incumplimiento genera la consecuente responsabilidad; ahora bien, cuando lo que se integra es el estatuto de una relación contractual, estos deberes secundarios de conducta ingresan en el ámbito contractual y, consiguientemente, la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso será -en la mayoría de los casos- contractual. Si bien la distinción entre responsabilidad contractual y extra-contractual se encuentra fuertemente cuestionada, lo cierto es que la mayoría de las legislaciones la recoge atribuyendo una regulación distinta en cada caso, diferenciación que incumbe a aspectos tales como la amplitud de la indemnización, los plazos de prescripción, las causas de exoneración, etc. . Más allá de la razonabilidad de la distinción, que no es éste el lugar para discutir, lo cierto es que integra

dos en la órbita contractual, salvo en hipótesis sumamente excepcionales, la responsabilidad será también contractual.

Breccia ha enfocado el tema poniendo el acento en la responsabilidad que podría surgir para el acreedor por el incumplimiento de los deberes que a él pudieran corresponder, manifestándose contrario a la atribución de responsabilidad al sujeto activo de la relación obligatoria (99) (60).

Otro efecto derivado de la actuación de la buena fe como criterio integrador es el que se refiere a la determinación o a la medida de la prestación legítimamente exigible. Decíamos que al actuar el criterio integrador de la buena fe afecta al contenido de los deberes y derechos. Puede reclamarse al deudor todo aquello que, según la buena fe, esté obligado a realizar en torno al cumplimiento de la obligación, pero no puede obligársele a tales sacrificios que sean incompatibles con la buena fe. Si bien se mira, esta idea está en la base de la cláusula 'rebus sic stantibus' que protege al deudor que, frente a la modificación de las circunstancias tenidas en miras al contratar, se vería obligado a un sacrificio desmedido para dar cumplimiento a lo pactado. Como se ve la buena fe al integrar el contrato no siempre suma deberes, sino que en muchas ocasiones, los disminuye siempre en aras de la honestidad y la corrección que debe mediar en las relaciones jurídicas (61).

Además de los efectos descriptos, la integración conforme a la buena fe puede conducir a la inclusión en el estatuto regulador de la relación jurídica de algunas normas de las que no surgen específicos deberes, sino que más bien contribuyen a la regulación de la interacción jurídica de los sujetos. Al igual que en el caso de los deberes secundarios, a menudo estas cláusulas han sido receptadas por los ordenamientos legales concretos o por las propias partes; pero en el caso de que no ha-

yan sido previstas, la buena fe es la fuente y origen de su incorporación y aplicación.

Entre las cláusulas aplicables en virtud de la buena fe destacan, entre otras, la llamada 'exceptio non adimpleti contractus', el pacto comisorio, la cláusula 'rebus sica stantibus', etc.. Afirma Enneccerus que "en virtud de la buena fe también pueden resultar ...que se atenúe el deber de prestación, e incluso brotar un derecho del deudor a ser liberado de aquel deber, o un derecho a que se transforme la relación contractual" (62).

Respecto a la cláusula de cumplimiento recíproco sostiene Gorphe: "en los contratos sinalagmáticos, la reciprocidad de la buena fe debida por cada una de las partes a la otra, es tal que ninguna puede reclamar a la otra la ejecución de su promesa, sin ofrecer ella misma lo que debe. Es la ejecución 'trait pour trait'...sancionada: 1ª por la exceptio non adimpleti contratus,... ; 2ª por la acción de resolución del art. 1184 del Code; 3ª por el derecho de retención" (63).

Por su parte Von Thur hace derivar de la idea de buena fe "el que puedan cancelarse o reducirse las obligaciones del deudor, cuando por efecto de una total transformación de las circunstancias... fuese irracional e inadmisibile mantener al deudor atado a su palabra" (64).

Otra norma que se integra en cumplimiento de las reglas impuestas por la buena fe es por ejemplo la atinente a la necesaria actualización de las sumas a entregar para cancelar una obligación en dinero. La jurisprudencia alemana -como recuerda Larenz- ha fundado también sobre el parágrafo 242 la llamada revalorización de las prestaciones afectadas por la desvalorización sufrida por el dinero a consecuencia de la guerra y de la inflación (65).

- (1) Ver Cap. X.
- (2) Conf. CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil "español, común y formal" T. I, Vol. I, 12a. edic., (revisada por De los Mozos), Reus, Madrid, 1982, p. 567 y ss.
- (3) DIEZ PICAZO, L.-GULLON, A. "Sistema de Derecho Civil", 4a. edic., Tecnos, Madrid, 1981, Vol. I, p. 209.
- (4) DE LOS MOZOS, J. "El principio de la buena fe", Bosch, Barcelona, 1965, p. 124.
- (5) Conf. DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota anterior, lugar citado.
- (6) ENNECCERUS, L.-KIPP, Th.-WOLFF, M "Tratado de Derecho Civil" -Parte General- (trad. Pérez González y Alguer), Bosch, Barcelona, 1935, T. I, Vol. II, p. 399.
- (7) Idem nota anterior.
- (8) LARENZ, K. "Derecho Civil. Parte General" (trad. Izquierdo y Macías Picavea), Ederesa, Madrid, 1978, p. 744 y ss.
- (9) Ver cap. V.
- (10) DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial", Tecnos, Madrid, 1970, Vol. I, p. 233.
- (11) Conf. LARENZ, K. ob. cit. en nota 8, p. 745.
- (12) Ver cap. III.
- (13) BRECCIA, U. "Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffrè, Milán, 1968, p. 77.
- (14) Idem nota anterior.
- (15) Idem, p. 73.
- (16) Idem, p. 80 y 81.
- (17) NATOLI, U. "La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio", en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 119 y ss., en especial, p. 133 y ss. y la bibliografía allí citada.
- (18) LARENZ, K. ob. cit. en nota 8, p. 744 y ss. y en "Derecho de Obligaciones" (trad. Santos Briz), Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1958, T. I, p. 144 y ss.. Ver también WIAECKER, F. "El principio general de la buena fe" (trad. Carro), Civitas, Madrid, 1977.
- (19) DIEZ PICAZO, L. prólogo a la obra de WIAECKER, cit. en nota anterior; y en la ob. cit. en nota 10.
- (20) GORPHE, F. "Le principe de bonne foi", Dalloz, Paris, 1928.
- (21) DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 4, en especial, p. 123 y ss.

- (22) Idem, p. 124.
- (23) Idem, p. 180.
- (24) DIEZ PICAZO, L. ob. y lug. cit. en nota 10.
- (25) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, ob. cit. en nota 6, p. 399 y "Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones" (trad. de Pérez González y Alguer), Bosch, Barcelona, 1933, T. II, Vol. I, p. 19.
- (26) Idem nota anterior.
- (27) VON THUR, A. "La buena fe en el Derecho Romano y en el Derecho Actual", (trad. Roces), R.D.P., t. XII (1925), p. 337 y ss., en especial, p. 341.
- (28) Idem nota anterior.
- (29) Es la terminología empleada por BETTI, E. "Interpretación de la ley y de los hechos y actos jurídicos" (trad. de De los Mozos), Ed. Rev. Der.Priv., Madrid, 1975.
- (30) Ver la aplicación de esta teoría al problema de la desvalorización y corrección monetaria en MOISSET DE EBANES, L.-PIZARRO, R.-VALLESPINOS, C. "Inflación y actualización monetaria", Ed. Universidad SRL, Buenos Aires, 1981.
- (31) VON THUR, A. ob. y lug. cit. en nota 27.
- (32) Ver, entre otros, DE CASTRO, F. "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", Civitas, Madrid, 1978; DIEZ PICAZO, L. "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos)", Civitas, Madrid, 1979; VALLESPINOS, C. "Las condiciones generales de los contratos" (tesis) Univ. Nac. de Córdoba, Argentina, 1982.
- (33) GORPHE, F. ob. cit. en nota 20, p. 41.
- (34) DI MAJO, A. "Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto", Riv. Dir. Comm., 1970, Nos. 5-6, p. 192 y ss.
- (35) Ver cap. V.
- (36) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, ob. cit. en nota 6, p. 400.
- (37) BRECCIA, U. ob. cit. en nota 13, p. 115 y ss.
- (38) Idem nota anterior, p. 131.
- (39) Conf. LARENZ, K. ob. cit. en nota 8, lug. cit.; y DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 4, lug. cit.
- (40) DI MAJO, A. ob. cit. en nota 34, p. 222.
- (41) LASARTE, C. "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)", en R.D.P., t. LXIV (1980), p. 66.

- (42) Idem, nota anterior, p. 66, nota 12.
- (43) LACRUZ BERDEJO, J. "Elementos de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1974, T. II, p. 237.
- (44) DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 4, p. 124.
- (45) BRECCIA, U. ob. cit. en nota 13, en especial, p. 128 y ss.
- (46) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF. ob. cit. en nota 25, p. 19.
- (47) DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 19, p. 19.
- (48) NATOLI, U. ob. cit. en nota 17, p. 156.
- (49) BRECCIA, U. ob. cit. en nota 13, p. 73.
- (50) NATOLI, U. ob. cit. en nota 17, p. 137.
- (51) WIAECKER, F. ob. cit. en nota 18, p. 54.
- (52) HERNANDEZ GIL, A. "La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981.
- (53) Planteamos a un grupo de legos en materia jurídica una serie de problemas derivados de regulaciones incompletas, y les pedimos que la completaran; surgieron entonces los que los juristas denominan deberes secundarios de conducta, la obligación de colaboración, el deber de informar, el de custodia, etc.. Preguntados acerca del fundamento de sus respuestas, una mayoría remitía a lo que "es honesto o correcto"; hubo quien incluso utilizó la expresión "buena fe"; otros aducían la costumbre, y alguno que por motivos personales conocía la regulación legal sobre el particular, adujo la ley.

Sin duda, el criterio más empleado fue el de la buena fe, porque por más rompederos de cabeza que nos produzca a los juristas, la naturaleza misma del concepto lo hace fácilmente asequible a cualquier ciudadano que viva en un grupo determinado y conozca las normas de moral social.

- (54) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, ob. cit. en nota 25, p. 20.
- (55) GORPHE, F. ob. cit. en nota 20, p. 50 y ss.
- (56) Idem nota anterior, p. 53.
- (57) WIAECKER, V. ob. cit. en nota 18, p. 56.
- (58) Idem nota anterior, p. 55.
- (59) BRECCIA, U. ob. cit. en nota 13, p. 81.
- (60) Sobre el tema pueden verse: ZANA, M. "La regola della buona fede nell'eccezione d'inadempimento", en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1972, p. 1376 y ss. y en "Studi sulla buona fede" Giuffrè, Milán, 1975, p. 353 y ss.; GALOPPINI, A. "Appunti sulla rilevanza della regola

di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale", en Riv.

Trim.Dir.Proc.Civ., 1965, p. 1386 y ss. y en "Studi sulla buona fede", cit., p. 613 y ss.

- (61) Sobre el particular, véanse las obras de ZANA y GALLOPINI, cit. en nota anterior y la obra de NATOLI, U. cit. en nota 17.
- (62) ENNECERUS-KIPP-WOLFF. ob. cit. en nota 25, p. 20.
- (63) GORPHE, F. ob. cit. en nota 20, p. 74.
- (64) VON THUR, A. ob. cit. en nota 27, p. 341.
- (65) LARENZ, K. ob. cit. en nota 18, p. 149 y ss.; DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 4, p. 154; MOISSET DE ESPANES-PIZARRO-VALLESPINOS, ob. cit. en nota 30; VALLET DE GOYTISOLO, J. "Antítesis inflación-justicia", en "Estudios varios", Montecorvo, Madrid, 1980, p. 29 y ss.

CAPITULO IX

EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DERECHO

POSITIVO

Sec.I.- El principio general de la buena fe en el Derecho

Comparado.

Sec.II.- El principio de buena fe en el Derecho civil

español.

Sec. III.- El principio general de buena fe en el Derecho

civil argentino

SECCION I

EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL DERECHO COMPARADO

Sumario:

1. Consideraciones generales.
2. La buena fe como criterio informador.
3. La buena fe como criterio de interpretación.
4. La buena fe como límite al ejercicio de los derechos.
5. La buena fe como factor de integración.
6. Reflexión final.

1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Era infaltable un capítulo dedicado al Derecho Comparado; siempre nos ha atraído este campo de estudio. El Derecho Comparado presenta no sólo el interés de la erudición, o el mero afán de acumular datos de legislaciones extranjeras; estudiar el Derecho comparado es un camino muy útil para conocer otros sistemas jurídicos, lo cual permite al jurista comprender plenamente el Derecho nacional, y reconocer que no es más que una de las formas posibles de organización. Pero si sólo nos enfrentamos a este panorama con simple curiosidad, no sacaríamos a esta herramienta de trabajo todas las posibilidades que brinda en el orden práctico. En la faz de la acción, el Derecho Comparado nos permite descubrir tendencias, ver cuáles han sido las soluciones que frente a problemas similares, si no iguales, han elaborado otros juristas para otros ordenamientos, y cuál ha sido el efecto de la aplicación de esas normas. El contraste con experiencias extrañas es indudablemente fecundo al tiempo de solventar nuevas situaciones que pueden haberse presentado ya en otras sociedades.

En un mundo como el que nos toca vivir, íntimamente intercomunicado, caracterizado por la interdependencia política y económica, en el que el tráfico jurídico traspasa los estrechos límites nacionales para vincular regiones e incluso continentes, en el que se forman organizaciones regionales que aspiran a cierta unificación y coordinación de sus respectivos ordenamientos jurídicos, ningún jurista puede estar ajeno a la importancia que reviste el Derecho Comparado. Hace casi veinte años decía René David que "en un mundo dominado por la tensión de los Estados Unidos y la Unión Soviética, en un momento en que también

Europa se esfuerza por tomar nuevamente consciencia de su unidad, no es posible ya restringir el estudio al derecho francés como se creyó posible después de la era de los códigos napoleónicos" (1); esta afirmación, válida dos décadas atrás -no sólo en el ámbito del país galo, sino en cualquier otro- resulta de gran actualidad. Hoy no sólo es necesario o conveniente, sino un auténtico imperativo el estudio del Derecho Comparado.

Siendo el fenómeno del Derecho algo más que la pura y aislada normatividad de cada ordenamiento particular, lo que llamamos Derecho Comparado no puede circunscribirse, aunque sí debe por allí empezar, al estudio confrontado de unos textos legales. Aislar el texto de la norma de su contexto en este punto, nos conduciría a realizar "legislación comparada". Para completar la auténtica misión del Derecho Comparado habrá que estudiar, en la medida de lo posible, las circunstancias que caracterizan y determinan una fórmula jurídica dada; las ideas filosóficas que le sirven de inspiración; la ideología política subyacente; la forma en que la norma se aplica por los tribunales; la medida en que la comunidad acepta y vive en ese conjunto de disposiciones. La tarea es de por sí dificultosa; en muchos casos hasta imposible. ¿Cuál es, pues, la utilidad de otorgar tan amplio objeto de estudio a una disciplina, si se chocará luego con la imposibilidad a menudo de encontrar la mínima materia prima necesaria? Pensamos que el reconocer lo que "debe ser" el Derecho Comparado nos permite comprender nuestras limitaciones y otorgar a las investigaciones que realicemos el alcance y carácter que realmente ostentan. En este sentido debemos decir que aunque utilizamos en el encabezamiento la denominación tradicional, en mucho de su contenido no estamos satisfechos con la labor; creemos que si algún aporte representa este breve estudio es el de brindar a los especialistas en el Derecho Comparado, la ordenación de la materia prima.

En otras materias el análisis de las legislaciones comparadas, puede brindar en sí mismo algunos elementos útiles para el estudio y la confrontación con otros sistemas; puede, incluso, proporcionar guías adecuadas para formular o modificar las normas nacionales. Aspectos tales como la forma en que determinado derecho se contempla, la determinación de los titulares, la amplitud de la protección brindada, las medidas concretas ideadas para el ejercicio efectivo de la garantía, etc., son entre otros algunos de los elementos que a primera vista ofrecen las normas. No sucede otro tanto cuando se aborda el tratamiento del principio general de la buena fe; las normas que expresamente mencionan este principio clave en todo fenómeno jurídico, asumen, con muy pequeñas y no significativas variantes, la misma forma exterior. Es entonces cuando surge con fuerza renovada el imperativo que describíamos antes como el objeto de estudio del Derecho Comparado; no basta el análisis más o menos profundo de los textos normativos, hay que ver cuáles es la aplicación y cuál la línea de desarrollo de este principio, con lo cual la tarea se complica sobremanera.

La actuación del principio general de buena fe está presente en todos los sistemas jurídicos que conocemos; es irrelevante que se lo recoja en los textos normativos expresos. En el fundamento de todo ordenamiento jurídico aparece la referencia a la corrección y honestidad que es el pilar indispensable para la concreción de relaciones de convivencia entre los seres humanos. La íntima conexión entre la buena fe y la esencia del Derecho justifica su omnipresencia. Se trata de una presencia que no siempre asumirá la misma fisonomía exterior; el revestimiento técnico legal variará en su grado de complejidad; unas veces será más fácil descubrir el principio, en ocasiones lo encontraremos directa y explícitamente recogido, pero de cualquier forma lo que no podrá negarse.

es que la buena fe actúa como principio informador de los sistemas jurídicos más dispares, cuando se trata de regular las relaciones humanas.

En cuanto al principio en sí considerado las formulaciones normativas son prácticamente las mismas, En todos los sistemas que remiten a la buena fe se utiliza este concepto normativo con contenido indeterminado. Se confirma así una característica que atribuíamos a este principio al comienzo del presente estudio, característica que hace a la esencia misma del principio como categoría de funcionamiento de los diversos métodos técnico-legales. El contenido concreto que se atribuya a la "buena fe" variará, dentro del marco general que resulta más o menos uniforme, de un lugar a otro y de época en época, pues, como también dijimos, la misión de estos conceptos normativos indeterminados consiste en permitir el proceso de flexibilización del Derecho, mediante la incorporación de las valoraciones ético-sociales vigentes en cada comunidad. Sin embargo, también es dable señalar que se advierte un alto grado de universalidad en el contenido atribuido al concepto.

Aunque, como decíamos, el primer paso o sea el estudio confrontado de la legislación de los diversos países, no podrá brindar datos novedosos, no puede evitarse el recorrido normativo. Uno de los corolarios más repetidamente tratado es el que se refiere a la incorporación del principio de buena fe en el supuesto de hecho de ciertas y determinadas normas, con vistas a atribuir determinados efectos. En este sentido no faltan, pues, las normas dedicadas a la buena fe en la posesión, o en el tratamiento del fraude pauliano, o en los supuestos de pago al acreedor aparente, etc.

Reiteramos aquí, una vez más, que nos referimos en nuestra investigación al principio general de la buena fe y no a su mera utilización como descripción de un supuesto de hecho. Siendo la buena fe en

la posesión, o en el pago al acreedor aparente, etc., una aplicación del principio general, las normas referidas a estos supuestos, que constituyen corolarios particularizados del principio, no podían estar ausentes en las legislaciones; tratándose además de la más antigua de las formas de incorporación expresa de la buena fe en las normas concretas, se explica la uniformidad con que las legislaciones recurren a esta forma de actuación derivada del principio, aunque puedan variar los efectos concretos atribuidos en cada caso. (2).

Pero dejemos estos supuestos que no son los que nos interesan prioritariamente. En lo que se refiere al principio general de la buena fe considerado como tal principio, pasaremos revista a las diversas maneras en que los sistemas jurídicos lo receptan.

2. LA BUENA FE COMO CRITERIO INFORMADOR.

El carácter informador del principio significa que éste otorga al sistema jurídico en cuestión una cierta fisonomía particular que se desprende de la aparición del principio en la base o fundamento del todo y de instituciones o normas aisladas. En el capítulo correspondiente vimos cómo el actuar informando, se traduce muchas veces en la inspiración de normas concretas, o instituciones particulares.

Este alcance del principio de la buena fe no se limita al marco de los derechos codificados, sino que aparece nítidamente también en el Common Law. Muchas instituciones propias del sistema de Derecho anglo-norteamericano constituyen corolarios, aplicaciones fundadas en el principio de buena fe como vía de incorporación al ámbito jurídico de los valores ético-sociales, de respeto mutuo y corrección en el trato.

En tal sentido, podemos señalar como casos típicos, el

supuesto de "part performance", o el "stoppel". Respecto a la primera de las instituciones ha dicho Rubinstein que "la 'part performance' constituye una medida que adopta la parte a la que se exige el cumplimiento, para poner de manifiesto su intención de beneficiarse del contrato. Habiendo mediado tal manifestación de voluntad sería injusto rescindir el contrato" (3). La institución está íntimamente ligada con la forma de los contratos en el Derecho inglés, que no son forzosamente documentados.

Por su parte el estoppel o 'stoppel' es la versión inglesa de lo que entre nosotros -mutatis mutandis- se conoce como la doctrina de los propios actos (4). El 'stoppel' "se aplica...para impedir que una persona repudie sus propios actos o conducta cuando otra persona se ha guiado en los mismos y ha adaptado a aquéllos su modo de proceder. En tales casos la ley no admite una repudiación puesto que de lo contrario, no sería justo y equitativo" (5).

En este punto se impone una aclaración respecto a la tan mentada "equity" anglosajona; se trata de una forma histórica de cauce procesal que se desarrollaba paralelamente a las "Courts de Common Law". Aunque las reglas que aplicó la "equity" estaban fundadas en la conciencia, no se trató de un procedimiento de los que hoy llamaríamos "de equidad", basado en los principios generales. Algunas de las reglas creadas por la "equity" representan aplicación del principio de buena fe en especial, pero no todas lo son "Aquello que justifica la intervención del Lord Chancellor, en todos los casos, son las exigencias de conciencia. La conciencia resulta golpeada por la solución que el derecho (el Common Law) acepta o impone" (6).

Pasando a los derechos codificados son innumerables las normas que consagran soluciones inspiradas directamente en el principio

general de la buena fe; recepción de la excepción de incumplimiento en materia contractual, consagración de casos particulares de ejercicio de derechos, tales como las servidumbres, usufructo, uso, incorporación de la teoría de la imprevisión, etc.

Amén de las formulaciones especiales, es indisputable que todos los ordenamientos consagran como base de la convivencia organizada y armónica de los miembros de la comunidad, la necesidad del respeto mutuo y el deber de comportarse con corrección y honestidad. Son estas ideas que justifican y legitiman desde el punto de origen la existencia de normativas particulares.

3. LA BUENA FE COMO CRITERIO DE INTERPRETACION

Siendo la buena fe el principio inspirador de una norma concreta, surge de por sí la necesidad de interpretarla conforme a su fundamento. Pero no nos interesa aquí el desarrollo teórico, sino la revista de aquellas legislaciones que acogen expresamente la función de la buena fe en la interpretación, recordando que estas normas por lo común aparecen relacionadas con la interpretación de los contratos.

Pueden citarse, entre otras, las siguientes disposiciones. El art. 157 del B.G.B. dispone que "los contratos han de interpretarse como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico". El art. 163 (novelle III, art. 83) del Código civil general austríaco que, siguiendo los lineamientos del B.G.B., dispone "Para la significación y los efectos de los actos y abstenciones, debe atenderse a los hábitos y usos normales en las relaciones de buena fe". El art. 914 (novelle III, art. 102) del mismo cuerpo legal dispone que "en la interpretación de los contratos, no hay que atenerse al sentido literal de las expresiones,

sino que debe buscarse la intención de las partes y el contrato debe comprenderse como sea el uso en el comercio de buena fe".

El Código civil etíope de 1960, obra del gran comparatista René David, refleja a cada paso la formación dogmática de su autor, y en el ámbito de la buena fe contiene importantes normas; así el art. 1732 dispone: "Interpretación según la buena fe. Los contratos deben ser interpretados de buena fe, teniendo en cuenta la lealtad y la confianza que debe existir entre los contratantes de conformidad con los usos admitidos en las relaciones negociales".

También el Código civil italiano de 1942 contiene una norma expresa sobre la interpretación de buena fe de las declaraciones de voluntad de tipo contractual; su art. 1366 establece que "el contrato debe ser interpretado según la buena fe".

Muchos de los cuerpos legales codificados carecen de una norma expresa al respecto, tal lo que sucede por ejemplo con el Código holandés, o el portugués, entre otros. La ausencia de norma expresa no significa el desconocimiento absoluto de la función interpretadora de la buena fe que será siempre una instancia de valoración del resultado final de la interpretación, como vimos oportunamente.

4. LA BUENA FE COMO LIMITE AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

Ya dijimos que aunque por lo general las normas se refieren al ejercicio de "los derechos", o al "cumplimiento y ejecución de los contratos", la buena fe actúa en estos supuestos poniendo a descubierto su máxima fuerza normativa directa, como pauta rectora de la conducta con trascendencia jurídica.

El art. 2 del Código civil suizo dispone que "cada uho

está obligado a ejercitar sus derechos y ejecutar sus obligaciones según las reglas de la buena fe", completando la normativa referente al ejercicio de los derechos, con la recepción del abuso del derecho, en el inciso 2 del mismo artículo. Similar a éste es el texto del Código civil de Turquía de 1926; en su art. 2 reproduce el texto del Código suizo. Para Japón, establece el art. 1 del Código civil de 1896 que "el ejercicio de los derechos y la ejecución de los deberes debe ser hecha 'en faith' (de buena fe, con honestidad), y de acuerdo a los principios de 'trust' (confianza recíproca)". El Código civil de Filipinas dispone en el art. 19 que "toda persona debe, en el ejercicio de sus derechos y en la ejecución de sus obligaciones, actuar con justicia, dar a cada uno lo que le corresponde, y observar honestidad y buena fe", agregando, en materia obligacional, una norma especial para los contratos; "las obligaciones nacidas de los contratos...deben ser satisfechas con buena fe" (art. 1159).

El Código civil ruso de 1923 no contenía normas al respecto, pero el Código promulgado en 1962 establece que el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones debe conformarse a la ley, las reglas socialistas de vida social y los principios morales de la sociedad que edifica el comunismo (art. 5). Hemos reproducido este artículo, pues, aunque no hace referencia expresa a la buena fe, podría decirse que contiene una remisión al concepto desarrollado de la buena fe, con la adaptación a las circunstancias políticas y económicas de la comunidad en que va a aplicarse; por lo menos contiene la exposición de lo que los legisladores de aquél país consideran como buena fe...

Algo similar ocurre con el Código civil húngaro de 1960 que dispone que el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones debe "fundarse en la armonía que debe derivar de la realización de los intereses particulares y de los intereses sociales".

Por su parte establece el parágrafo 242 del B.G.G. que "el deudor está obligado a ejecutar la prestación como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico".

El Código civil francés, dispone en el último apartado del artículo 1134 que "las convenciones...deben ser ejecutadas de buena fe"; sigue esta fórmula, el art. 1374 del Código civil holandés.

El Código civil italiano de 1942 dispone que "el contrato debe ser ejecutado según la buena fe" (art. 1375); y en forma más genérica, establece la obligación de actuar de buena fe en el art. 1175: "el deudor y el acreedor deben comportarse según la regla de la buena fe".

El Código griego recoge la función limitativa de la buena fe combinándola con la figura del abuso del derecho en su art. 281 que dispone que "el ejercicio de un derecho está prohibido si evidentemente transgrede los límites marcados por la buena fe, o las buenas costumbres o el fin social o económico del derecho(subjetivo)".

El Código civil portugués contiene también una norma referida al tema; es la prevista en el art. 762, inc. 2: "En el cumplimiento de la obligación, así como en el ejercicio del derecho correspondiente, las partes deben proceder de buena fe". La obligación de comportarse de buena fe surge también del art. 227: "quien negocia con otro la celebración de un contrato, debe, tanto en los preliminares, como en la formación del mismo, proceder según las reglas de la buena fe, so pena de responder por los daños ^{que}culposamente causare a la otra parte".

Entre los códigos de las Repúblicas americanas, pueden citarse los siguientes. El art. 1160 del Código civil de Venezuela establece que "los contratos deben ejecutarse de buena fe". En igual sentido regulan el tema los Códigos de Chile (art. 1546), Colombia (1603),

y El Salvador (art. 1417). Por su parte, el Código de la República Dominicana, en su art. 1134 sigue textualmente al Código Napoleón.

El art. 1328 del Código civil de Perú dispone que "los contratos...deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes". Y el proyecto de nuevo Código civil para Brasil prevé en su art. 131.1º que "los contratantes están obligados a respetar, tanto en la celebración del contrato, como en su ejecución, los principios de probidad y buena fe".

5. LA BUENA FE COMO FACTOR DE INTEGRACION.

Muchas normas de los distintos sistemas se vinculan con la necesaria integración de las normas contractuales estipuladas por las partes; la integración que no se limita a completar las posibles lagunas, existentes en el estatuto regulador de las relaciones jurídicas, sino que llega, incluso, a corregir algunas de las formulaciones dictadas por la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

En este sentido dispone el Código civil de Portugal que "a falta de disposición especial, la declaración negocial debe ser integrada en armonía con la voluntad que las partes hubieran tenido si hubiesen previsto el punto omitido, o de acuerdo a los dictámenes de la buena fe, cuando otra sea la solución por ellos impuesta" (art. 239). La norma es importante porque aunque aparentemente concede prioridad a la voluntad de las partes, prevalece siempre la buena fe, cuyos dictados son el elemento integrador, directamente, en la hipótesis de que la voluntad implícita o supuesta de las partes lo contradijeran, o bien a través de dicha voluntad si es conforme a la buena fe.

David, al redactar el Código civil para Etiopía, pre-

vió una norma especial en el art. 1713: "Contenido real de la obligación. Los contratos obligan no solamente a aquello que está expresado, sino también a todo aquello que el uso, la equidad y la buena fe regulan para la obligación, según su naturaleza".

El art. 1315 del Código civil filipino dispone, siguiendo la norma del art. 1258 del Código español, que "los contratos quedan perfeccionados por el mero consentimiento, y desde ese momento las partes están obligadas no sólo a cumplir aquello que hayan estipulado expresamente, sino también todas las consecuencias que, de acuerdo con su naturaleza, estén en concordancia con la buena fe, el uso y la ley".

El Code Napoléon no hace referencia expresa a la buena fe como criterio de integración, aunque menciona a la equidad, los usos y la ley (art. 1135). Por su parte, el Código civil griego contempla en el art. 388 la siguiente regla: "Si las condiciones, sobre las cuales las partes, teniendo en cuenta la buena fe y los usos del tráfico, han basado principalmente la celebración del contrato bilateral, han cambiado posteriormente, por razones extraordinarias, que no podrían ser previstas por las partes, ..." Como se ve estamos frente a una disposición que vincula la buena fe con la facultad modificatoria del juez, introduciendo expresamente la cláusula 'rebus sic stantibus' que, como dijimos, es uno de los corolarios del principio de buena fe.

El Código civil mexicano (federal) establece en su art. 1796 que "los contratos ...desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Igual norma contiene el art. 1210 del Código civil de Puerto Rico y, con similar redacción, expresan la misma idea los Códigos de Chile (art. 1546), de Colombia (art. 1603) y El Salvador (art. 1417).

El Common Law tampoco es ajeno al problema, vinculado con lo que aquel sistema denomina "pactos implícitos", es decir aquellos pactos o acuerdos que no se incluyen específicamente. Respecto a ellos "excepto en aquellos casos en que una ley lo preceptúa expresamente, los tribunales son contrarios a deducir la existencia de pactos implícitos" (7); sin embargo, hay oportunidades en que los tribunales integran la voluntad declarada de las partes, para lo cual deben darse dos requisitos: "el primero es el de que ha de probarse que de haberse invitado a las partes a incluir en el contrato determinado pacto hubiesen aquéllas convenido en que el mismo era esencial para el negocio jurídico en cuestión", -con lo cual se asume, según puede advertirse, una postura parecida a la del Código civil portugués-. "El otro requisito" consiste en la necesidad de demostrar a los tribunales que se precisaba la existencia de un pacto implícito para que el contrato fuera eficaz ya que sin el mismo no sería completo" (8).

Aunque aparentemente pueda argüirse que la buena fe no figura para nada en esta formulación, el ejemplo que cita Rubinstein es demostrativo de que estos pactos implícitos son aquellas obligaciones que, en el Derecho continental, surgen de la buena fe como deberes integrativos, o deberes secundarios de conducta. El ejemplo jurisprudencial citado corresponde a un caso en que un cliente de un gimnasio sufre una quebradura mientras toma un baño turco, pues la silla que se le ofrece está rota; el tribunal entiende que es un pacto implícito el que la silla estuviera sana. Como puede verse esta obligación surge claramente de la buena fe.

6. REFLEXION FINAL.

Hasta aquí hemos pasado revista a las legislaciones y

sistemas jurídicos positivos que recogen el principio de la buena fe; tal como lo adelantamos al comienzo de esta sección, poco es lo que se ha avanzado en el conocimiento del tema; más allá del afán de erudición satisfecho, no hemos logrado ningún dato que nos permita sacar conclusiones nuevas.

La simple mención de un concepto normativo indeterminado, como el de buena fe, ha estado presente y lo seguirá estando, por fuerza de la tradición, en las formulaciones legislativas concretas. Pero, en punto a comprender cabalmente cuál es la respuesta del Derecho Comparado en el asunto, resulta indispensable recurrir -más, incluso, que en otras áreas del saber jurídico- al análisis de la utilización que del principio se ha hecho. No tiene relevancia fundamental la muda presencia del principio en un enunciado inaplicado; lo importante es ver al principio en acción y allí podremos obtener datos de utilidad.

Con gran detenimiento ha estudiado Corradini la actitud de los juristas frente a las normas que recibían expresamente al principio de buena fe, a través del tiempo. Es curioso advertir que más allá de las diferencias de óptica determinadas en función de los distintos ordenamientos, las corrientes responde a tendencias generales en todos los países. La actitud de la doctrina y fundamentalmente de la jurisprudencia ha variado en concordancia con el clima teórico reinante; iusnaturalismo, positivismo, la exégesis y la dogmática marcan posturas diversas frente a las normas que incorporan el principio. Las similitudes de dirección se ven, no obstante, matizadas por la profundidad con que los desarrollos han sido llevados a cabo (9). Las normas permanecieron siempre iguales, pero cualquiera que leyera las elaboraciones de la doctrina a lo largo del tiempo pensaría que se había modificado el cuerpo legal de referencia.

Destacan, en punto a utilización efectiva del principio, los desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia germana; sigue, en orden de importancia la doctrina italiana. Creemos no exagerar al afirmar que la mayor parte de los corolarios y aplicaciones del principio de buena fe, como tal, más allá de la tradicional referencia a la buena fe en la posesión, han partido de Alemania, desarrollándose y adaptándose a las particulares situaciones y necesidades de cada comunidad. La lectura y análisis tanto de los estudios, como de las sentencias, alemanes e italianas permiten marcar, si cabe, una distinción en la evolución seguida en ambos países, sobre todo luego de la implantación en la península del Código civil de 1942.

Mientras los desarrollos alemanes tienen un marcado sentido práctico, acompañado de un fuerte respaldo doctrinal, en Italia el mayor interés de los juristas -como decimos a partir de 1942- ha sido la delimitación y distinción de los distintos conceptos que maneja el cuerpo normativo paralelamente a la noción de buena fe. "Correttezza", "affidamento", "diligenza", etc. aparecen en el Código de 1942 ocupando normas distintas y, en virtud de la todavía imperante tendencia dogmática, a atribuir a cada texto legal un sentido distinto y propio, los juristas italianos se han esforzado por encontrar las líneas separadoras de los diversos conceptos, para atribuir a cada uno de ellos una función específica. Sin perjuicio de ser éste el centro de las elaboraciones italianas sobre la buena fe, también la jurisprudencia ha utilizado el concepto para resolver cuestiones concretas desarrollando los corolarios que, en forma inagotable, brinda el principio (10).

A lo largo del presente estudio nos hemos referido en cada ocasión a las opiniones de los autores sobre el tema y a la forma en que entienden que debe dotarse de contenido al concepto indetermina-

do, no hemos de reiterar ahora lo ya dicho. Los tribunales alemanes han encontrado en la buena fe, a través de la cláusula general del párrafo 242, la base para justificar la aplicación de la teoría de la imprevisión, es decir de la cláusula 'rebus sic stantibus', o de la teoría de la base del negocio. También ha servido la buena fe como fundamento a la obligatoriedad de los llamados deberes secundarios de conducta. La revalorización de las deudas dinerarias en épocas de inflación también encontró en la referencia a la buena fe sustento legal. La doctrina de los propios actos, es otro de los ejemplos de utilización del principio.

Sumamente interesante resulta la elaboración jurisprudencial alemana en torno a la caducidad de los derechos. Quizás sea ésta la aplicación del principio de buena fe que menos acogida haya tenido en otros sistemas jurídicos. Los tribunales germanos han sentado jurisprudencia en el sentido de que al dejar transcurrir un largo período de tiempo, sin ejercer un derecho, siempre que la otra parte pueda pensar que ya no será ejercitado, produce la pérdida de la prerrogativa. El tema es sumamente importante pues en base a la buena fe que, sin duda, debe presidir la relación jurídica entre las partes, se justifica la pérdida de un derecho que no se produce a través de la prescripción.

Muchas sentencias que limitan la exigibilidad de la prestación están basadas en el criterio de buena fe. La necesidad de comportarse con buena fe durante la faz preliminar del contrato también ha sido obra de la jurisprudencia germana. Los italianos, por su parte han contado con un artículo expreso que exige respetar la buena fe en las tratativas contractuales, y vincula la buena fe con la culpa 'in contrahendo' (art. 1337). Más modernamente, se ha visto en la buena fe, la base para justificar la revisión de las condiciones generales de contratación.

No dudamos que, a medida que la realidad vaya planteando nuevos problemas, será el criterio de buena fe la fuente de soluciones adecuadas y justas.

- (1) DAVID, R. "Les grands systèmes de Droit Contemporaines", Dalloz, Paris, 1964, p. 1.
- (2) A título de ejemplo obsérvense los diferentes efectos que se atribuyen a la buena fe en materia de posesión de cosas muebles en el Derecho francés (art. 2279, CC), en el Derecho argentino (art. 2412 CC.), y en el Derecho español (art. 464 CC).
- (3) RUBINSTEIN, R. "Iniciación al Derecho Inglés" (trad. Jardí), Bosch, Barcelona, 1956, p. 34.
- (4) Sobre el tema, DIEZ PICAZO, L. "La doctrina de los propios actos", Bosch, Barcelona, 1963.
- (5) RUBINSTEIN, R. ob. cit. en nota 3, p. 25.
- (6) DAVID, R. ob. cit. en nota 1, p. 347. Sobre el tema ver el completo estudio de MARIN CASTAN, M. "Significado y alcance de la Equity anglosajona" (tesis) Fac. de Derecho, Universidad Complutense, 1982.
- (7) RUBINSTEIN, R. ob. cit. en nota 3, p. 23.
- (8) Idem, nota anterior.
- (9) Véase el exhaustivo estudio de CORRADINI, D. "Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato", Giuffrè, Milán, 1970.
- (10) Sobre estos temas, véanse las obras citadas a lo largo de la investigación, y los desarrollos correspondientes, en especial, cap. V, VI, VII y VIII.

SECCION II

EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL DERECHO

CIVIL ESPAÑOL

Sumario:

1. El principio general de buena fe como criterio informador.
2. El criterio de la buena fe en la interpretación.
3. La buena fe como límite al ejercicio de los derechos.
4. La buena fe como pauta de integración del contrato.

El principio general de buena fe, en todas las funciones que le hemos atribuido está presente en el sistema jurídico civil español; encontramos en el Código civil reconocimiento normativo expreso de estas características funcionales. La doctrina y la jurisprudencia han trabajado con el principio; de la bibliografía total, destacan por su claridad y especialidad algunas obras a las que ya hemos hecho referencia (1); junto a ellas todos los tratadistas han dedicado algunas reflexiones al punto (2); sumado a ello se centran en el principio de buena fe numerosos estudios publicados en revistas especializadas (3).

Puede señalarse como característica común -confirmada por la necesaria excepción- que la doctrina española es partidaria abiertamente de la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva. Reiteramos aquí, que a nuestro juicio el principio de buena fe es uno, pero que, en su múltiple funcionalidad, y en la riqueza inagotable de sus consecuencias, puede asumir actividades diversas; una de dichas actividades es la de caracterizar normativamente una hipótesis a la que luego el propio ordenamiento impondrá determinados efectos, y ese es el supuesto contemplado tradicionalmente como buena fe subjetiva.

1. EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE COMO CRITERIO INFORMADOR.

Hemos dicho que el actuar como informador del ordenamiento, como inspirador de soluciones legales, como fundamento legitimador del conjunto de disposiciones, no depende de que haya una norma expresa que reconozca al principio tal carácter. El principio general de buena fe -como los demás principios generales- cada uno en su ámbito- informa por fuerza propia al ordenamiento, imponiéndole un carácter e infundiéndole la fertilizante savia de los principios éticos, de los v



ciales, dotándolo así de la necesaria flexibilidad para mantener siempre viva su fuerza y permitir la permanente adaptación de la normas a las circunstancias.

En el Código civil español, merced a la reforma del Título preliminar (4), operada en 1974, se introdujo el reconocimiento expreso del carácter "informador" que ostentan los principios generales, y, entre ellos, por supuesto, el de buena fe. El art. 1.4 dispone, en su actual redacción, que "los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico". Insistimos en que normas como ésta no pueden más que reconocer algo que es propio de la esencia misma de los principios generales.

La doctrina española aunque reconoce que la tarea informadora es inherente a los principios generales, ha incurrido, en ocasiones, en afirmaciones inconciliables con tal reconocimiento. Por ejemplo, comentando la nueva norma, Quintana Redondo ha sostenido que "hoy... estos principios generales no sólo constituyen una fuente de último grado, sino que, por ministerio de la ley, se han convertido en informadores" (5); expresiones similares pueden verse en otros autores (6). A ello se impone responder que los principios generales del Derecho han cumplido la misión de informar, no "hoy", sino siempre; que esa función les cabe por esencia y no por "ministerio de la ley"; que la ley no puede jamás "convertir" en informadores a los principios, sino a lo sumo reconocer expresamente tal carácter.

La función informadora es, en cierta medida, la base para las demás funciones que corresponden a los principios, es decir, el actuar como norma directa de conducta, como pauta de integración y como factor coadyuvante a la integración. El reconocimiento de este carác-

ter trae aparejada algunas consecuencias prácticas de relevancia; si el principio de buena fe informa determinadas áreas del ordenamiento, la interpretación y aplicación de las normas en cuestión no podrá contradecir los dictados de la buena fe. Una interpretación contraria a la buena fe inspiradora de una solución legal concreta constituiría una solución disvaliosa. Hemos dicho ya que no basta reconocer teóricamente los hechos y negarles luego las consecuencias que esencialmente implican. Si reconocemos que la buena fe informa partes del ordenamiento, reconozcamos también que debe informar la vida de esas normas, es decir, su aplicación; de la misma forma que informa y rige, sin necesidad de norma escrita alguna, la conducta jurídica de los hombres en sociedad.

No puede caerse en el absolutismo de pensar que todas las normas de un determinado conjunto estarán directamente inspiradas por el principio de buena fe. Junto a éste estarán otros que también informan el ordenamiento, y, al informarlo, llevan al legislador a la adopción de una solución en lugar de otra. Fuerza es reconocer, sin embargo, que el principio de buena fe por la generalidad de su contenido ético-social ejerce una influencia más marcada y, más o menos nítidamente, está presente en todas aquellas disposiciones que regulan la actividad de los hombres en sus relaciones mutuas.

Preceptos legales tales como el del art. 1119 demuestran claramente la toma en consideración de las máximas de conducta encarnadas por el principio de buena fe (7); la norma dispone que "se tendrá por cumplida la condición cuando el obligado impidiese voluntariamente el cumplimiento". De los Mozos menciona también la norma del art. 1173, relativa a la imputación de pagos (8). Otro tanto sucede con algunas reglas en materia de ejercicio de las servidumbres, como los artículos 543, al disponer que el propietario del fundo dominante deberá ele-

gir para el ejercicio de su derecho "el tiempo y la forma convenientes a fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente", o la del 545 que autoriza la modificación parcial de la servidumbre.

Es también la buena fe la que contribuye a informar todos aquellos dispositivos que prevén limitaciones al dominio en función del respeto de los derechos de los demás, limitaciones que en el Código civil español están previstas con el carácter de servidumbres legales en el cap. II, del título VII del Libro II.

En materia contractual, la buena fe informa la disposición del art. 1303 que impone la restitución mutua de lo recibido en virtud del contrato, cuando se declare la nulidad del mismo. Así como en los contratos bilaterales ninguna de las partes puede exigir de la otra, la prestación si no ha cumplido o se allana a cumplir, también la buena fe inspira la solución del legislador consagrada en el art. 1308 que establece que "mientras uno de los contratantes no realice la devolución de aquello a que en virtud de la declaración de nulidad esté obligado, no puede el otro ser compelido a cumplir por su parte lo que le incumba". Y en ese mismo orden de ideas, dispone el art. 1466 que "el vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago".

La buena fe informa toda la disciplina del saneamiento por vicios redhibitorios, así como la liberación del deudor cedido que satisface su obligación al cedente antes de conocer la cesión (art. 1527). El deber de información contemplado, por ejemplo, en el art. 1599 constituye otro de los corolarios del principio de buena fe. Algo similar ocurre con la norma destinada a la ejecución fiel del mandato (art. 1719), o aquella que obliga al mandatario renunciante a continuar en el

ejercicio del mandato hasta tanto el mandante tome las medidas necesarias (art. 1737). Asimismo, las obligaciones del depositario están fuertemente inspiradas en la buena fe que debe presidir las relaciones recíprocas.

Amén de estas normas que hemos mencionado a título ejemplificativo, la buena fe informa todas aquellas normas ^{que} precisamente toman como base para la atribución de ciertas consecuencias jurídicas, un comportamiento que sea conforme o no, respectivamente, a las reglas derivadas o representada por la buena fe. En esta capítulo podemos citar los supuestos de posesión de buena fe, y sus contrarios, esto es los casos de mala fe en la posesión (arts. 451, al 457); las hipótesis de pago al acreedor aparente (art. 1164 y concordantes); y los supuestos de protección a los terceros que se amparan en virtud de la apariencia en que basan su acción, etc.

Más allá del estricto campo legal del conjunto de disposiciones, la buena fe informa muchas sentencias del Tribunal Suprem; sumamente importantes en este orden son las sentencias que recogen y regulan en el Derecho español, la aplicación de la cláusula 'rebus sic stantibus' (9), o la doctrina de los propios actos (10), así como también la construcción jurisprudencial de la figura del abuso del derecho (11). Sobre todo en este apartado, dedicado a la buena fe que informa las decisiones jurisprudenciales, podrá decirse que se trata de hipótesis en que la buena fe actúa ya en la integración de la reglamentación de una determinada relación jurídica, ya en tanto límite al ejercicio admitido de derechos; reiteramos que su mención aquí viene impuesta porque es precisamente un ejemplo claro de la omnipresencia del principio informador, es decir, en tanto inspirador de soluciones que en un campo más técnico son hipótesis de funciones más concretas.

2. EL CRITERIO DE BUENA FE EN LA INTERPRETACION.

Siguiendo la tendencia propia de las codificaciones decimonónicas, el Código civil español incorpora a su normativa una serie de reglas destinadas a guiar la interpretación de las declaraciones de voluntad. Las reglas en cuestión están ubicadas en la órbita de las declaraciones de tipo contractual, pero sin duda son una orientación general para interpretar, es decir, descifrar, cualquier declaración de voluntad,

En la sección anterior vimos cómo muchas de las normas que los códigos dedican a este tema hacen expresa mención al criterio de la buena fe; recordemos aquí a título de ejemplo, la disposición del párrafo 157 del B.G.B o la norma del art. 1732 del Código etíope. En el Código español no encontramos ninguna norma expresa que indique que los contratos deben interpretarse de acuerdo a la buena fe. Sin duda, la mayoría de los preceptos del capítulo destinado a la hermenéutica de los contratos están informados por el principio de buena fe, que es capital en este sector jurídico de las relaciones humanas; pero no hay norma expresa (12). Las disposiciones de los artículos 1283, 1286, 1287, 1288 y 1289 resaltan matices propios de la lealtad, fidelidad y honestidad que debe presidir las relaciones entre las partes contratantes, en la celebración y ejecución del contrato(13).

De los Mozos sostiene que la buena fe "objetiva impropia" (recordemos que este autor acepta también la clásica dicotomía buena fe subjetiva/buena fe objetiva, aunque con algún matiz) actúa en función interpretadora "unicamente...cuando hay que acudir a la llamada interpretación integradora" (14), es decir en las hipótesis de las normas de los artículos 1286, 1287 y 1289. La interpretación según la buena fe supone, entonces, necesariamente la existencia de omisiones en el es-

tatuto regulador de la relación jurídica; omisiones que no suple directamente la buena fe como puede suceder en otros ordenamientos jurídicos, sino que ^{se} completan respectivamente de acuerdo a la naturaleza y objeto del contrato, al uso o a la costumbre del país, o bien "en orden a la menor transmisión de derechos o intereses", o "en favor de la mayor reciprocidad de intereses", siendo el contrato respectivamente gratuito u oneroso (hipótesis, esta última, que no es más que un desarrollo de la regla ya fijada en el art. 1286). La jurisprudencia española no ha recurrido expresamente, pues, al principio de la buena fe, considerado en sí mismo, para interpretar la declaración de las partes, sino que se ha atendido a las directivas legales expresas, siguiéndolas en un orden jerárquico más o menos cerrado (15).

Nosotros entendemos que la buena fe como principio general que impone cierta forma de conducta debe estar siempre presente en la interpretación de la voluntad de las partes. Aun en un sistema legal como el español que no recurre expresamente a este factor de interpretación, no podrá éste estar ausente en razón de que la buena fe informa todo el ordenamiento, y consiguientemente debe informar la interpretación; además las partes deben comportarse de buena fe y, en consecuencia, ha de entenderse que de esa forma actuaron, y que la correspondencia con las reglas de la buena fe es el común acuerdo en que basan su relación.

3. LA BUENA FE COMO LIMITE AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

Hasta la reforma del título preliminar, en 1974, el que los derechos y deberes debían ejercerse de acuerdo a las reglas de buena fe, era por así decirlo, un presupuesto de base del ordenamiento jurídico español; se carecía, sin embargo, de una norma expresa. De los Mozos

cita al analizar el tema una serie de artículos del Código español que constituyen otras tantas aplicaciones concretas de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos (16).

La ausencia de una norma concreta no impidió a los autores, e incluso a la jurisprudencia, recurrir a la buena fe como uno de los límites para el ejercicio admitido de los derechos, es decir, como principio rector de la conducta. En este sentido, leemos la esclarecedora palabra de Castán en la sentencia de 14 de febrero de 1944: "los derechos subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidades el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasó en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad".

La reforma del Título preliminar introdujo junto a la consagración de la figura del abuso del derecho, el reconocimiento expreso del principio de buena fe como límite al ejercicio de los derechos. El art. 7.1 del Código civil español dice ahora: "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". Unánimemente se ha reconocido que la incorporación explícita del principio no significa una innovación sustancial en el ordenamiento, ya que era un presupuesto que inspiraba todo el conjunto normativo; aun en ausencia de norma expresa, se entendía que la buena fe era un principio rector de la conducta. En este sentido se manifiesta Díez Picazo al afirmar que "este texto no entraña ninguna genuina innovación...Un principio general de buena fe es algo que se podía, sin discusión, considerar existente dentro de él (el ordenamiento jurídico español) con anterioridad" (17). Con el artículo 7.1 "lo que se ha hecho -sostiene Hernández Gil- ha consistido en

formular legislativamente algo ya obtenido por la vía de la interpretación y la aplicación del derecho" (18); comparte la línea de pensamiento expuesta, Batlle Vázquez (19).

Otro aspecto en el que hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia, respecto al art. 7.1, es el de su aplicación extensiva. No ha de limitarse su vigencia al ejercicio de los derechos, sino que es principio rector de la conducta jurídica en general, aplicándose al cumplimiento de los deberes o a la ejecución de las obligaciones. Afirma Batlle que "se quedó corto el precepto legal, porque la buena fe es, según opinión común dominante, exigible en los actos jurídicos, en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones" (20). Es cierta la afirmación y también lo es que la norma pudo ser más explícita y mencionar expresamente el cumplimiento de las obligaciones como área sujeta a su jurisdicción; sin embargo, ya antes de la incorporación del art. 7.1, la doctrina y la jurisprudencia habían ampliado el criterio, por lo cual la "defectuosa" redacción no afecta la recta interpretación del contenido (21).

Ya hemos expresado nuestra opinión en el sentido de que cuando se recoge la buena fe como criterio limitativo del ejercicio de los derechos, es más correcto referirse a la buena fe como regla de toda conducta con trascendencia jurídica, no limitándose esta comprensión al ámbito patrimonial. Afirma Montés que la nueva ubicación de la norma facilita la "extensión del principio a todas las relaciones de carácter patrimonial" (22); la limitación a la esfera de los derechos subjetivos patrimoniales no nos parece del todo acertada. A renglón seguido, el propio Montés sostiene que "ahora no cabe ningún tipo de duda: todos los derechos subjetivos, cualquiera que sea su fuente y su naturaleza, deben ser ejercitados de acuerdo con la buena fe" (23). Estamos, en realidad, frente a

una "regla de conducta exigible, según los criterios morales y sociales dominantes" (24).

¿Qué significado ha tenido, pues, la incorporación expresa de la regla, si todos estaban antes de acuerdo en su existencia, en su ámbito de aplicación y en su fuerza imperativa? En nuestra opinión la expresa mención de la Buena fe -o de cualquier otro principio general- no suma nada al principio, ni a su potencialidad normativa; pero, sin duda, desde el punto de vista práctico, trae aparejada la posibilidad de recurrir a los textos legales, sin rodeos, ni construcciones, lo cual en un momento de marcado legalismo y reclamo de seguridad jurídica, resulta una forma casi indispensable de dinamizar el proceso de flexibilización del Derecho (25). "Aunque innecesaria, la consagración legal del principio lo pone de relieve y resulta un punto cómodo de partida para la interpretación" (26).

La incorporación expresa del principio pone de relieve asimismo la íntima conexión entre Derecho y ética, marcando señaladamente la faceta axiológica del fenómeno jurídico; en este sentido sostiene Hernández Gil que "con la reforma de 1974...se da un paso importante por la senda de la integración del ordenamiento formulado con esos otros órdenes básicos que le fundamentan, le trascienden y, consiguientemente, le completan" (27).

Pero hay un avance todavía más importante, en el logro del cual convergen, a nuestro juicio, la norma del art. 1.4 y la del 7.1; es el hecho de que "cualquier sospecha de subsidiariedad que pudiera recaer sobre él (el principio de buena fe) ha desaparecido" (28). La consecuencia es importantísima sobre todo frente a quienes sostienen aun hoy, cerrados en un nefasto positivismo legalista, que los principios no tienen la misma jerarquía que las normas, y que están en un nivel infe-

rior. Si lo dicho es un despropósito desde nuestro punto de vista, no es menos cierto que cualquier "sospecha" o duda queda despejada para aquellos que la albergaban.

El principio de buena fe como tal, con todo su contenido ético-social, con la plenitud de su potencialidad normativa, accede ya sin dudas al mismo plano que la norma legal, y más aun, el art. 1.4 le reconoce un plano superior en virtud de su carácter informador. Lo dicho no agota su relevancia en vanas discusiones de escuela; si el principio es ahora una auténtica y total norma jurídica positiva, el conflicto entre normas se resolverá a favor de la que consagra la buena fe, por ser el principio informador, por tener un contenido axiológicamente superior, porque, en fin, su generalidad y flexibilidad le permitirá, siempre, adaptarse más ajustadamente a los reclamos de la realidad (29).

4. LA BUENA FE COMO PAUTA DE INTEGRACION DEL CONTRATO.

El Código civil español en su art. 1258 menciona expresamente la buena fe como uno de los criterios a tener en cuenta para llevar a cabo la integración del contrato -o más generalmente, del estatuto regulador de una relación jurídica-. Dispone dicho texto legal que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

La norma responde al esquema general del párrafo 242 del B.G.B. y del Código civil italiano en su art. 1374 y 1375. En el propio ordenamiento español encontramos otra norma que recoge el carácter integrador de la buena fe; es el dispositivo del art. 57 del Código de Co-

mercio.

La doctrina española ha destacado siempre la función integrativa que corresponde al principio de buena fe; y la jurisprudencia ha encontrado apoyo en esta norma para dar acogida a la teoría de la imprevisión, y la aplicación de la cláusula 'rebus sic stantibus' (30), como así también a la doctrina de los propios actos (31), y a la posibilidad de conversión del negocio jurídico (32).

Hay, pues, unidad en la doctrina en punto a reconocer la virtualidad de la buena fe como factor para completar una declaración de voluntad común que presente algunas lagunas o carencias. En torno al orden jerárquico de aplicación de los diversos criterios de integración, De los Mozos sostiene que la buena fe, en este aspecto, está en el mismo nivel que la norma dispositiva (33); Díez Picazo menciona también en el mismo nivel a la buena fe, los usos y las normas dispositivas, pero colocando en último lugar a la buena fe, aunque sin establecer expresamente un orden jerárquico (34).

La formulación literal del art. 1258 contiene ciertos límites a la aplicación del principio de buena fe. La mención del principio no se presenta aisladamente, sino conectada con "la naturaleza" del contrato, lo cual genera un problema que ha sido objeto de análisis por parte de Lasarte (35). ¿Impone esta referencia la necesidad de interpretar primero el contrato, es decir la declaración de voluntad común, para ubicarla dentro de un "tipo" contractual? ¿Es la naturaleza legal típica a la que se refiere el art. 1258? Pensamos que la integración debe producirse no con respecto a un tipo ideal y abstracto de convención, sino atendiendo al tenor concreto de la particular relación que se trata de integrar. No es, pues, a la naturaleza "típica", sino a la naturaleza real y concreta a la que la buena fe debe ajustarse. En este sentido,



no se trata de un límite externo al principio, sino el propio de su esencia, que deriva de su contenido ético-social. Los principios generales del Derecho, y en especial el de buena fe, no son una máquina diabólica al servicio de lo irracional. La mención de este límite es superflua; jamás el principio de buena fe, en su función integradora, correctamente aplicado, podría dar lugar a la inclusión de efectos que fueran contrarios a la naturaleza del estatuto que se trata de completar.

Si bien, como señala acertadamente De los Mozos, el tema no ha sido analizado hasta sus últimas consecuencias por la doctrina (36), modernamente se aprecia un creciente interés por esta faceta integradora de la buena fe; una función en la que se manifiesta con claridad meridiana la potencialidad inagotable del principio. Los problemas de la contratación en masa, o la tecnificación e industrialización, acarrean desde el punto de vista jurídico, importantes problemas; imponen la búsqueda de soluciones nuevas, y es precisamente el principio general de la buena fe el que brinda uno de los cauces adecuados para dichas formulaciones (37).

La jurisprudencia ha integrado los contratos partiendo del principio de buena fe; más allá de la consideración jurisprudencial del contenido filosófico o ético del principio, importa aquí destacar cuáles han sido las consecuencias prácticas de la utilización de este principio general, como factor para completar y corregir el estatuto regulador ideado por las partes. En este orden de ideas nos parecen destacables dos clases de tendencias: a) la determinación del alcance concreto de las prestaciones (38); muy interesante en este sentido por la amplitud de la prestación comprometida es la sentencia de 27 de enero de 1977 (39), en la que se dispone que los folletos de publicidad quedan incorporados al contenido contractual, como base determinantes de la prestación com-

prendida en el contrato.

b) la incorporación de cláusulas o normas sobre la relación contractual. En este grupo, situamos aquellas sentencias que fundamentan la aplicación de la teoría de la imprevisión, del 'venire contra proprio factum' etc., a las que ya hemos hecho referencia.

- (1) DE LOS MOZOS, J. "El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil Español", Bosch, Barcelona, 1965; DIEZ PICAZO, L. prólogo a la versión española de la obra de WLABECKER, F. "El principio general de la buena fe" (trad. Carro), Civitas, Madrid, 1977; HERNANDEZ GIL, A. "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe" (discurso de apertura de curso) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, y el Cap. III, de su obra "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980. Por su vinculación con el tema, DIEZ PICAZO, L. "La doctrina de los propios actos", Bosch, Barcelona, 1963.
- (2) Entre ellos, CASTAN BOBENAS, J. "Derecho Civil Español, común y foral", T. III (lleva 12 ediciones), Reus, Madrid; también el T. I (lleva 13 ediciones), Reus, Madrid; ESPIN CAMOVAS, D. "Manual de Derecho Civil Español" Vol. I y Vol. III, Edersa, Madrid; DIEZ PICAZO, L. "Sistema de Derecho Civil" (en colab. con Gullón), Vol. I y Vol. II, Tecnos, Madrid; y "Fundamentos de Derecho Civil patrimonial", Vol. I, Tecnos, Madrid, 1970; ALBALADEJO, M. "Instituciones de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1960, T. I; y "Derecho Civil", Bosch, Barcelona, T. II; DE LOS MOZOS, J. "Derecho Civil Español", s/e, Salamanca, 1977; PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil", T. II, Vol. I, Bosch, Barcelona, 1956; PUIG PEÑA, F. "Compendio de Derecho Civil Español", T. III, Nauta, Barcelona, 1966; DE DIEGO, F. "Instituciones de Derecho Civil español", s/e, Madrid, 1959, T. II; la lista podría ampliarse notablemente pero creemos que ha título ilustrativo se ha tomado una muestra representativa.
- (3) Véase la bibliografía general.
- (4) Sobre la génesis de la reforma Ver, CASTAN VAZQUEZ, J. "Notas para la historia de la reforma del título preliminar del Código civil", en Doc. Jur., 1974, Nº 4, p. 1139 y ss, y también en "La réforme du Titre Préliminaire du Code Civil spagnol", en Rev. Int. Droit. Comparé, 1974, p. 835 y ss.
- (5) QUINTANA REDONDO, C. "Las fuentes del derecho en el nuevo título preliminar del Código civil", en "Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Título preliminar del Código civil" (Col. de Abogados y Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación), Valencia, 1975, p. 9 y ss.
- (6) Ver Cap. V, en especial notas 22, 23, 24, y 25.

- (7) Conf. DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 1, p. 148.
- (8) Idem nota anterior, p. 147.
- (9) Véase ESPIN CANOVAS, D. "Manual de Derecho Civil Español", Vol. III, 5a. edic., Edersa, Madrid, 1978, p. 407 y ss, y la completa bibliografía allí citada; LLUIS Y NAVAS, J. "La llamada cláusula 'rebus sic stantibus'", en R.G.L.J., t. XXXII (1956), p. 370 y ss.. Conf. DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 1, p. 151 y ss.
- (10) Sobre el particular, remitimos a la obra de DIEZ PICAZO, L. "La doctrina de los propios actos", cit. en nota 1; véase también DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 1, p. 183 y ss.
- (11) Véase CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil Español, común y foral", T. I, Vol. II, 13a. edic. (revisada por De los Mozos), Reus, Madrid, 1982, en especial p. 55 y ss., y la bibliografía allí citada; ver asimismo los autores citados en el Cap. VII, en especial notas 10 y 11.
- (12) Conf. LASARTE, C. "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)", en R.D.P., T. LXIV (1980), p. 50 y ss., en especial, p. 68.
- (13) Idem nota anterior.
- (14) DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 1, p. 182.
- (15) Puede consultarse el amplio repertorio citado por DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota. 1.
- (16) DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 1, p. 144 y 145.
- (17) DIEZ PICAZO, L. prólogo cit. en la nota 1, p. 10; MONTES, V. Comentario al art. 7.1 en "Comentarios a las Reformas del Código Civil", Tecnos, Madrid, 1977, T. I, p. 356 y ss., en especial p. 365 y 366.
- (18) HERNANDEZ GIL, A. discurso cit. en nota 1, p. 45.
- (19) BATLLE VAZQUEZ, M. comentario al art. 7.1 en "Comentarios al Código civil y a las legislaciones forales" (bajo la dirección de M. Albaladejo), Edersa, Madrid, 1978, T. I, p. 117 y 118.
- (20) Idem nota anterior, p. 117.
- (21) Conf. HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 1, p. 38.
- (22) MONTES, V. ob. cit. en nota 17, p. 366.
- (23) Idem nota anterior.
- (24) BATLLE VAZQUEZ, M. ob. cit. en nota 19, p. 117.

- (25) Conf. DIEZ PICAZO, L. ob. cit. en nota 1 (prólogo), p. 10.
- (26) BATLLE VAZQUEZ, M. ob. cit. en nota 19, p. 118.
- (27) HERNANDEZ GIL, A. disc. cit. en nota 1, p. 15.
- (28) Conf. HERNANDEZ GIL, A. disc. cit. en nota 1, p. 45.
- (29) También se derivan de este reconocimiento algunos efectos de orden procesal que no corresponde analizar aquí.
- (30) Idem nota 9 de la presente sección.
- (31) Ver nota 10.
- (32) Sobre el punto, DE LOS MOZOS, J. "La conversión del negocio jurídico", Bosch, Barcelona, 1959, y la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.
- (33) DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 1, p. 124.
- (34) DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho Civil patrimonial", Tecnos, Madrid, 1970, T. I, p. 233.
- (35) LASARTE, C. ob. cit. en nota 12.
- (36) DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 1, p. 128.
- (37) Sobre estos temas, DE CASTRO, F. "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes", Civitas, Madrid, 1978; DIEZ PICAZO, L. "Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado. (Dos esbozos)", Civitas, Madrid, 1979; VALLET DE GOYTISOLO, J. "Sociedad de masas y Derecho", Taurus, Madrid, 1969; GARCIA AMIGO, M. "Condiciones generales de los contratos", Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1969.
- (38) En este sentido son importantes las sentencias, comentadas por De los Mozos, de 26 de junio de 1946; 22 de octubre de 1957 y 16 de mayo de 1959. Ver DE LOS MOZOS, J. ob. cit. en nota 1, p. 133 y 134.
- (39) Véanse los comentarios de LASARTE, C. ob. cit. en nota 12; y de RICO PEREZ, F. "Cuestiones prácticas: valor de la propaganda en la compraventa de un piso (comentario a la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)", en R.G.L.J., t. LXXVI (1978), p. 345 y ss.

SECCION III

EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE EN EL DERECHO

CIVIL ARGENTINO

Sumario:

1. Panorama general.
 - A. El Código Civil de Vélez Sarsfield.
 - B. La Reforma introducida por la ley 17.711 del año 1968.
2. El principio general de buena fe como informador.
3. El principio de buena fe en la interpretación.
4. La buena fe como límite al ejercicio de los derechos.
5. El principio de buena fe como pauta de integración.

1. PANORAMA GENERAL . A. EL CODIGO CIVIL DE VELEZ SARSFIELD.

El Código civil de Vélez Sarsfield recogía el principio general de la buena fe a través de algunas de sus manifestaciones concretas, tanto las relativas a la buena fe en la posesión (art. 2356 y concordantes), como en materia de acción pauliana, pago al acreedor aparente, ejercicio concreto de algunos derechos subjetivos, especialmente los derechos reales. Carecía, sin embargo, el Código de la formulación expresa del principio en cuanto tal y del manifiesto reconocimiento de las funciones que hemos detallado.

La doctrina y la jurisprudencia se ocupaban frecuentemente de la buena fe llamada subjetiva. Es digno de destacar el estricto apego al texto legal en este punto; así, en los tratadistas clásicos, se aborda el tema ciñiéndose a los términos del art. 2356 y sus concordantes (1), sin que puedan encontrarse referencias a la polémica sobre el carácter ético o psicológico del concepto(2).

En materia contractual, aun cuando el principio de buena fe no aparecía en la ley positiva, los autores dedicaron al tema algunas consideraciones; unos veían con cierto recelo la utilización de la buena fe (3); otros advertían su utilidad y su fuerza normativa a pesar de la falta de mención expresa. En este último grupo se ubica Borda, quien afirma: "El principio esencial en esta materia es que el deudor debe cumplir sus obligaciones de buena fe. No hay ninguna norma que se refiera expresamente a esta exigencia, pero ésta es una sana regla de conducta humana, de antiquísima prosapia jurídica...el principio de la buena fe quiere que los contratos sean interpretados y cumplidos como lo haría una persona honorable y correcta" (4).

Por su parte, la jurisprudencia recurrió en contadas ocasiones al expediente de la buena fe más allá de su utilización para calificar una determinada posición jurídica (5).

B. LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 17.711 DEL AÑO 1968.

En este marco, la reforma introducida en 1968 que contribuyó ampliamente -más allá de los posibles defectos achacables a la misma- a modernizar nuestro Código, incorporó la mención expresa del principio de buena fe, en cuanto tal.

En la actualidad el art. 1198 dispone en su primer párrafo que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión". Asimismo se incorporó la figura del abuso del derecho incluyéndose a la buena fe entre los factores a tener en cuenta en la determinación del ejercicio irregular de los derechos; el art. 1071 establece: "la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres".

A partir de la citada reforma, la doctrina y la jurisprudencia argentinas se han volcado al análisis y empleo práctico del principio de buena fe(6). Aunque es mayoritaria la inclinación a aceptar la división bipartita de la buena fe, es destacable la opinión de López de Zavalía (7) quien, si bien no llega a afirmar rotundamente la unidad del principio, reconoce que hay una íntima interpenetración entre buena fe objetiva y subjetiva.

Pensamos que todavía no se otorga al criterio en cues-

ción la fuerza y relevancia suficiente, y hay cierta tendencia a recurrir a normas más concretas o a figuras clásicas en la dogmática, en lugar de emplear esta vía, rica y directa, que ofrece el principio de buena fe para la solución concreta de innumerables casos. Por citar sólo un ejemplo, en materia de revalorización a menudo se ha recurrido a la categoría de las obligaciones dinerarias, o de valor; o al criterio de la intención del legislador; o bien a algunos corolarios del principio, sin contar abiertamente con él, en sí mismo (8). La explicación de esta actitud reside en el temor que se manifiesta ante el proceso de flexibilización del Derecho, justificado -en parte- por el afán de conservar el reinado imperturbable de la seguridad por sobre todo otro valor. La reforma de 1968 ha significado un paso adelante en este sentido. No porque el conjunto magistralmente ideado por Vélez no contuviera un equilibrado juego de los valores del plexo axiológico, -haciendo compatibles la seguridad, la justicia y la equidad (9)-, sino porque el positivismo legalista que influyó fuertemente en nuestra dogmática y en nuestros jueces hizo que la activación de aquellas sabias normas no fuera lo suficientemente libre, ni se llevara a sus consecuencias propias (10).

Aunque, como hemos dicho, carece el sistema argentino de normas diversas para encabezar cada uno de los acápites referidos a las funciones del principio, hemos de seguir el esquema trazado.

Es unánime el sentir de que la norma del art. 1198 es de aplicación general a toda relación jurídica, cualquiera sea su fuente, a pesar de encontrarse ubicada en la sección dedicada a las relaciones contractuales (11).

2. EL PRINCIPIO GENERAL DE BUENA FE COMO INFORMADOR.

No hay en el Código argentino norma expresa que reconozca el carácter informador que es esencial de los principios generales del Derecho. El art. 16 hace referencia a los principios generales, siguiendo las clásicas formulaciones de las codificaciones decimonónicas sobre la supletoriedad que corresponde a los principios, como fuentes del Derecho, para los casos en que se produzcan lagunas en la regulación. "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del Derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso", tal el texto legal.

La doctrina reconoce, no obstante, la importancia que tienen los principios como criterios de inspiración, de información del ordenamiento jurídico; ha llegado a sostenerse por ejemplo, que son esos los principios que constituyen, aun sin expresa mención, los pilares del conjunto normativo (12).

No cabe duda de que la buena fe actúa claramente informando muchas de las normas previstas por Vélez. El aserto no es una mera afirmación o comprobación que el investigador realiza a posteriori; el propio autor del Código afirma claramente su pensamiento en este sentido a través de las notas con que acompaña los preceptos. Si bien hay que tener en cuenta que las notas no son ley, es indudable el valor que presentan como pautas para la interpretación y sobre todo como medio para conocer el espíritu que inspira la solución legal (13).

Al adoptar una noción de culpa -original de Vélez, que se aparta de las formulaciones anteriores-, en la que se remite no

a un tipo abstracto y perfecto de conducta, sino que atiende a las circunstancias particulares (14), dice Vélez justificando el precepto: "el artículo del código se reduce a un consejo a los jueces de no tener ni demasiado rigor, ni demasiada indulgencia, y de no exigir del deudor de la obligación sino los cuidados razonables, debidos a la cosa que está encargado de conservar, sea en razón de la naturaleza de ella, sea en razón de las circunstancias variables al infinito, que modificación su obligación para hacerla más o menos estricta" (15). Son las palabras del codificador; no hace falta la mención del concepto "buena fe", pues su pensamiento es clara manifestación del contenido de tal principio: razonabilidad, flexibilidad, moderación y mesura en la exigencia de la prestación.

Refiriéndose a la retroventa, el art. 1389 dispone que "si cada uno de los condóminos de una finca indivisa, ha vendido separadamente su parte, puede ejercer su acción con la misma separación, por su porción respectiva, y el comprador no puede obligarle a tomar la totalidad de la finca"; en la nota respectiva, hay también la referencia a un corolario de la buena fe, es decir, la no aceptación de actos contradictorios por parte de una misma persona; dice Vélez que "el comprador no puede decir que ha comprado un cuerpo indivisible, pues que él mismo entró voluntariamente en la comunión de la cosa" (16).

En el contrato de arrendamiento "el propietario debe hacer cesar todas las causas anteriores o posteriores (a la celebración del contrato) que impidan este goce. Si yo, por una necesidad de mi oficio, he alquilado una casa bien alumbrada, y el propietario vecino hace un trabajo en la suya que me priva de mucha parte de la luz, tengo derecho para rescindir el contrato", sostiene Vélez en el fundamento al artículo 1525 (17). Sin duda este precepto consagra lo que es la conducta

que impone la buena fe, como lealtad y honestidad entre los contratantes.

Siempre en materia de locación de cosas, existe la obligación del locatario de "limitarse al uso o goce estipulado, de la cosa arrendada, y en falta de convenio al que la cosa ha servido antes, o al que regularmente sirven cosas semejantes", hasta aquí lo que dispone el art. 1554; en la nota correspondiente Vélez pone de relieve otra manifestación concreta de la regla de la buena fe que debe presidir la conducta de las partes; explica que "no es preciso que un propietario se pronuncie expresamente sobre el destino que la cosa debe conservar; este destino está suficientemente expresado por el estado de los lugares, por el uso al cual la cosa había servido hasta el momento del arrendamiento, por la calidad del locatario con quien se ha hecho" (18).

Otra vez la buena fe inspira este pensamiento del codificador, que justifica la norma del art. 1728 (19): "el socio autorizado para administrar debiendo prestar el mismo cuidado y atención a los negocios sociales que a los suyos propios; encontrando en colisión sus intereses privados con los intereses sociales, debe conciliar los unos con los otros, por una parte igual de atención y vigilancia prestada a su conservación". Se trata de una descripción de lo que la honestidad y la fidelidad imponen en el caso en cuestión.

En la nota al art. 2202 encontramos otro ejemplo ilustrativo. El artículo dispone que "el depositario está obligado a poner las mismas diligencias en la guarda de la cosa depositada que en las suyas propias"; en la nota dice el codificador: "no se puede decir del depositario lo que se dispone respecto del comodatario, que en un caso de peligro para sus cosas y las cosas depositadas, deba como el comodatario, salvar primero las ajenas que las suyas proque el comodato es a favor del comodatario, y el depósito a favor del deponente y no del deposita-

rio". Vemos aquí claramente, algo que expresábamos respecto al art. 1258 del Código civil español (20); la buena fe, de por sí, se acomoda en sus exigencias a la naturaleza propia del contrato.

Las citas podrían multiplicarse, pero hemos de dejar otros ejemplos para el análisis de las demás funciones del principio. Con la textual referencia del pensamiento del codificador hemos arrimado un dato importante al probar el carácter informador del principio de buena fe.

Un gran número de normas concretas positivas son corolarios del contenido del principio en estudio; además de las citadas, mencionaremos, a título de ejemplo, las siguientes: art. 537: "las condiciones se juzgan cumplidas...cuando hubiese dolo para impedir su cumplimiento por parte del interesado, a quien el cumplimiento no aprovecha"; art. 1393 "recuperando el vendedor la cosa vendida, los frutos de ésta serán compensados con los intereses del precio de venta" -para el caso de tretroventa, recogiendo una norma que en la hipótesis de nulidad está contenida en el art. 1053 (21)-; art. 1201 que consagra la 'exceptio non adimpleti contractus' y dispone que "en los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo"; art. 3007 "Las servidumbres reales son individuales como cargas y como derechos y no pueden adquirirse o perderse por partes alícuotas ideales y los propietarios de las diferentes partes pueden ejercerlas, pero sin agravar la condición de la heredad sirviente"; art. 3018 "por el establecimiento de una servidumbre, se entiende concedida al propietario de la heredad dominante la facultad de ejercer las servidumbres accesorias que son indispensables para el uso de la servidumbre principal...", etc., etc.,

Mosset Iturraspe menciona como "desprendidos naturales"

del principio de buena fe, la condeña de la lesión, la teoría de la imprevisión, la figura del ejercicio irregular o antifuncional de los derechos, etc. (22).

3. EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LA INTERPRETACION.

A diferencia de otros códigos de la época, el redactado por Vélez no contenía normas concretas y especiales para la interpretación de la voluntad de las partes. Sin duda la razón de haber omitido tales normas reside en el hecho de que Vélez, redactor a la sazón del Código de Comercio (en colaboración con Azevedo), había previsto en ese cuerpo legal normas detalladas sobre el punto. La doctrina y la jurisprudencia entendieron unánimemente que aquellas reglas eran aplicables también a otras declaraciones de voluntad recepticias y así las aplicaron (23).

Algunas normas concretas del Código establecen sí interpretaciones específicas que consagran ejemplos concretos de lo que es la interpretación de buena fe. Así, por ejemplo, el art. 1506 dispone que "si el arrendamiento fuera de una heredad, cuyos frutos se recojan cada año, y no estuviese determinado el tiempo en el contrato, se reputará hecho por el término de un año" y, de igual manera, para casos de frutos de producción no anual, "el arrendamiento se juzgará hecho por todo el tiempo que sea necesario para que el arrendatario pueda percibir los frutos".

En este panorama, el legislador de 1968 modifica el art. 1198 y dispone que "los contratos deben ...interpretarse...de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión".

Varios son los puntos que la incorporación de la norma

suscita. Proceden ellos no ya del contenido concreto a atribuir al principio de buena fe, sino a su relación con los otros criterios de interpretación; y a la vinculación del criterio objetivo de la buena fe con la intención de las partes.

En cuanto a la relación jerárquica de la buena fe y los otros criterios de interpretación, el problema no es grave. En el ordenamiento civil la única pauta de interpretación que se brinda es la de la buena fe; la aplicación de las reglas contenidas en los artículos del Código de comercio, sólo corresponderá a fin de coadyuvar a la hermenéutica del estatuto de la relación jurídica, pero en ningún caso, su utilización podrá producirse en contra de los dictados de la buena fe.

La norma del art. 1198 parece imponer un límite al contenido objetivo atribuible al principio de buena fe, ya que se refiere a lo que "verosímilmente las partes entendieron". Esta primera expresión relativa a la intencionalidad de las partes no constituye la consagración de la supremacía absoluta de la intención. La mención de la verosimilitud trae a colación un criterio de mayor objetividad y generalidad (24). Por otro lado, no se limita la ley a dicho factor de intencionalidad, sino que advierte que hay que atenerse a lo que las partes "pudieron entender obrando con cuidado y previsión"; en esta última frase está, a nuestro juicio, la clave del asunto. La buena fe como criterio de interpretación objetivo, aparece con toda su fuerza en la referencia a la conducta "cuidadosa" y "previsora", esto es a una conducta diligente. Lo que las partes entendieron o pudieron entender, pone de resalto el proceso comunicativo, ya que no se limita a lo que la manifestación conjunta significa frente a terceros, sino fundamentalmente a lo que recíprocamente las partes pudieron comprender -obrando de acuerdo a las normas de honradez y fidelidad que deben presidir sus relaciones-.

Como ya dijimos, la mención de la buena fe como criterio hermenéutico implica la incorporación de un elemento objetivo y general. En este sentido se manifiesta López de Zavallía quien sostiene que la interpretación "debe hacerse buscando el sentido que una persona correcta les da, otorgando a las palabras el significado que deriva del contexto y de las circunstancias según el consenso general" (25).

La doctrina argentina se ha ocupado del problema que se produce cuando la intención de las partes no ha sido conforme a la buena fe. Con acierto afirma Llambías que "aun cuando alguna de las partes haya actuado torcidamente, de mala fe, igualmente debe interpretarse el contrato con pleno respeto de las exigencias de la buena fe" (26).

4. LA BUENA FE COMO LIMITE AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.

El Código civil argentino no contaba, como hemos señalado, con norma alguna que estableciera expresamente el deber de actuar de buena fe. Ello no obstante, como criterio informador, esa función rectora de conducta estaba presente.

Normas como la del art. 1559 que dispone que "si el locatario ...por un goce abusivo causa perjuicio al locador, éste puede demandar las pérdidas e intereses", consagran en forma específica hipótesis en que la buena fe delimita el ámbito de la conducta admisible.

Producida la reforma de 1968, se incorpora al art. 1198 la obligación de ejecutar el contrato y de celebrarlo de buena fe. Sin duda, hay aquí una norma que impone el deber de comportarse de acuerdo al principio general. Como norma de conducta la doctrina ha entendido que su aplicación no debe limitarse al ejercicio de los derechos y deberes surgidos de fuente contractual, sino que tiene aplicación general.

¿Cuáles serán, pues, las consecuencias derivadas de un ejercicio contrario a la buena fe? ¿Se configurará el abuso del derecho? Esta última figura también fue introducida en 1968 a través del art. 1071 -al que ya hemos citado-. La fórmula que utiliza el art. 1071 es similar a la empleada en el Derecho alemán para configurar el abuso del derecho. A diferencia de lo que sucede en el Código español, el Código argentino describe, como una de las hipótesis de abuso, el ejercicio del derecho que sea contrario a los dictados de la buena fe. Se consagra de esta forma una larga tradición doctrinal que venía pugnando por la incorporación expresa de la norma.

Mucho se ha discutido sobre los extremos que el legislador ha elegido para dibujar los linderos de la figura (27). Afirma Llam-bías que el texto del art. 1071 ofrece una doble directiva para fijar los límites del abuso; la primera está relacionada con la función del derecho en cuestión; la segunda "es más amplia y traslada a esta situación -ejercicio de un derecho- la necesaria subordinación del orden jurídico al orden moral. Por ello -continúa- siguiendo los reformadores, la idea de René Savatier y de Roberto Goldschmidt, compartida por Borda, califican como abusivo el ejercicio de un derecho que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres" (28).

Por su parte, la jurisprudencia ya había recurrido a la buena fe para fijar el límite al ejercicio de los derechos (29). Producida la reforma, en numerosas ocasiones ha aplicado el nuevo orden positivo, aunque sin desarrollar en profundidad cuál sea el contenido de la buena fe (30). Se encuentran referencias genéricas al principio y aplicación de algunos de sus corolarios, en especial la doctrina de los propios actos (31)

5. EL PRINCIPIO DE BUENA FE COMO PAUTA DE INTEGRACION.

Tampoco en este punto se contaba en el sistema argentino con una norma expresa; no la previó Vélez, y tampoco la consagro la reforma. El art. 1198 hace referencia a la celebración, ejecución e interpretación de los contratos, pero no dice nada directo sobre la forma en que ha de completarse o incluso modificarse la declaración de voluntad común.

La doctrina ve con recelo la concesión de poderes integradores al juez, influenciada por el respeto casi absoluto a la autonomía de la voluntad; Moeset Iturraspe califica esa actitud como de "horror a la extensión invasora del arbitrio judicial" (32).

Creemos que no hay ningún inconveniente legal para contemplar la integración de la regulación de los negocios jurídicos. El propio codificador, aun sin admitir una norma genérica sobre el punto, a lo largo del cuerpo legal consagró una serie de hipótesis en que el juez acude a completar la deficiente regulación originada en la voluntad de los particulares. Así, en materia de plazos para el cumplimiento de los cargos, dispone el art. 561 que "si no hubiere plazo ... deberán cumplirse en el plazo que el juez señale" -y como ésta, en otras muchas hipótesis, sucede algo similar-.

La referencia del art. 1198 a lo que las partes pudieron entender obrando con cuidado y previsión, deja el resquicio preciso para afirmar, sin heterodoxia alguna, que cuando no haya habido la necesaria previsión, será el criterio de buena fe el que contribuirá a completar la regulación de la relación jurídica.

La plenitud de posibilidades del principio de buena fe, requiere, para actualizarse, un reconocimiento de facultades integrati-

vas a los jueces. No proponemos el "derecho libre", sino una flexibilización del Derecho positivo; la buena fe es uno de los caminos para lograrla. Compartimos la opinión de Mosset Iturraspe en el sentido de que "la buena fe es...un simple enunciado...como el deseo de algo que se quiere pero que no se busca...en manos de jueces que han renunciado a entender el caso que se presenta a su juicio en la inagotable realidad de su contenido humano; en manos de jueces que mecanizan y falsifican el juicio para hacer posible la sentencia" (33). Es menester que la buena fe deje de ser sólo un ideal inalcanzable, para tornarse en medio efectivo de realización de justicia.

Una de las figuras que, generalmente, se ha considerado ingresada al campo de la regulación negocial, en base a la buena fe ha sido la cláusula 'rebus sic stantibus'. La jurisprudencia argentina había tenido ocasión de referirse al tema con anterioridad a la reforma. Sin embargo, actualmente la aplicación de la teoría de la imprevisión no requiere de la buena fe, como integradora, sino que ha sido expresamente incorporada en un texto legal, precisamente en el mismo art. 1198. De esta forma, ya no es preciso integrar el estatuto regulador de la relación jurídica, para poder aplicar la mencionada cláusula.

Un tema que pudo haber encontrado cauce adecuado de solución, por vía directa, en el principio de buena fe, es el relativo a la necesaria actualización de las deudas dinerarias. El grave problema inflacionario que se vive en Argentina, al igual que en otros países, ha obligado a los juristas a buscar la forma de evitar las injusticias que se producían. Se acudió, entonces, a la revalorización o indexación. Llama la atención que la buena fe que había servido de fundamento a la revalorización de las prestaciones en Alemania, sólo surgiera en la jurisprudencia argentina, a través de las vagas referencias a la justicia y la

equidad. Prefirieron, tanto los autores, como los jueces, recurrir a la distinción entre deudas dinerarias y de valor; al nominalismo y valorismo; a la teoría de la imprevisión, o al abuso del derecho, para justificar la actualización (34).

La única explicación posible es la confusión que lleva a pensar que la utilización de los principios generales, en especial el de buena fe, significa introducir un factor de inseguridad en el sistema; se opta, por tanto, por recurrir a normas positivas más concretas, reservándose a la buena fe el papel de inspirador o fundamento axiológico de las respuestas ideadas, en lugar de reconocerle su normatividad directa.

En cuanto a los deberes secundarios de conducta, tampoco se ha recurrido a la buena fe para considerarlos obligatorios, sino que se ha buscado su fundamento en la voluntad tácita o presunta de las partes, y en la aplicación analógica de normas concretas. Sin embargo, hay autores que reconocen a la buena fe una función integrativa, en este punto; Mosset Iturraspe pone de relieve dicha potencialidad de la buena fe que conduce a veces a la ampliación de los deberes de prestación, otras, a su reducción, pudiendo llegarse -incluso- a la resolución del contrato (35). Por su parte López de Zavallía detalla entre estos deberes, particularmente en el momento de celebración del contrato, los de comunicación, secreto y custodia (36).

- (1) Código civil argentino, art. 2356.- "La posesión ...es de buena fe cuando el poseedor por ignorancia o error de hecho se persuadiere de su legitimidad".

art. 4006.- "La buena fe requerida para la prescripción es la creencia sin duda alguna del poseedor de ser el exclusivo señor de la cosa".

- (2) Sobre el tema pueden verse, SALVAT, R. "Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos Reales", Ed. J. Menéndez, Buenos Aires, 1927, Vol. I, p. 36 y ss.; MACHADO, J. "Exposición y comentario del Código civil argentino", s/e, Buenos Aires, 1898-1903, en especial, Vol. VI; LLERENA, B. "Concordancias y Comentarios al Código civil argentino", 2a. edic., s/e, Buenos Aires, 1898, vol. VI; LAFAILLE, H. "Derecho Civil. T. III. Tratado de los Derechos Reales", Ediar, Buenos Aires, 1943, Vol. I, p. 90 y ss.; AISINA ATIENZA, D. "Efectos jurídicos de la buena fe", Buenos Aires, 1935; del mismo autor, "El principio de la buena fe en el proyecto de Reformas de 1936", Buenos Aires, 1942; BORDA, G. "Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales", Perrot, Buenos Aires, 1975, T. I, p. 62 y ss.; BORGA, E. voz "buena fe" en "Enciclopedia jurídica Omeba", Edit. Bibliog. Arg., Buenos Aires, 1955, T. II, p. 403 y ss.
- (3) Por ejemplo, puede verse LAFAILLE, H. "Tratado de Derecho Civil Argentino. Contratos", Ediar, Buenos Aires, 1943, T. I, p. 329.
- (4) BORDA, G. "Tratado de Derecho Civil argentino" -Obligaciones-, Perrot, Buenos Aires, 1965, T. I, p. 39.
- (5) Ver la abundante jurisprudencia citada por LAFAILLE, H. ob. y lug. cit. en nota 2; BORDA, G. ob. cit. en nota anterior, nota 55, en p. 39.
- (6) LOPEZ DE ZAVALIA, F. "Teoría general de los contratos. Parte General", Ed. Zavallia, Buenos Aires, 1971; MOSSET ITURRASPE, J. "Justicia Contractual", Ediar, Buenos Aires, 1977, en especial, cap. III, p. 121 y ss.; LLAMBIAS, J. "Código civil Anotado", Perrot, Buenos Aires, 1982; del mismo autor, "Estudio de la Reforma", Jurisp. Arg., Buenos Aires, 1971; BORDA, G. "Tratado...-Obligaciones-", 4a. edic., Perrot, Buenos Aires, 1976.
- (7) LOPEZ DE ZAVALIA, F. ob. cit. en nota 6, p. 240 y ss.
- (8) Véase MOISSET DE ESPANES, L.-PIZARRO, R.-VALLESPINOS, C. "Inflación

- y actualización monetaria", Ed.Universidad SRL, Buenos Aires, 1981 y la bibliografía citada.
- (9) Véase sobre el tema nuestro "Reflexiones acerca de los valores jurídicos", en *Semanario Jurídico de Comercio y Justicia*, Córdoba (Arg.), mayo, 1978.
 - (10) Sobre el tema, MOSSET ITURRASPE, J. ob. cit. en nota 6,
 - (11) Ver LOPEZ DE ZAVALIA, F. ob. cit. en nota 6, p. 240 y ss.
 - (12) Ver REIMUNDIN, R. "La concepción de los principios generales del Derecho y la fórmula del art. 16 del Código civil", en *J.A.* 1977-III, p. 713 y ss.; LLAMBIAS, J. ob. cit. en nota 6, T. I, 1978, p. 39 y ss. y en "Tratado de Derecho Civil, Parte General", Perrot, Buenos Aires, 1969, T. I, Nº 90 y ss.; BORDA, G. "Tratado...Parte General", 6a. edic., Perrot, Buenos Aires, 1976, T. I, p. 103; GARDELLA, L. voz "principios generales del Derecho", en "Enciclopedia jurídica Omeba", Edit.Bibliog.Arg., Buenos Aires, 1955 y ss.
 - (13) Conf. MOISSET DE ESPANES, L. "Reflexiones sobre las notas del Código civil argentino", en el volumen "Diritto romano, codificazioni e sistema giuridico latino-americano", Giuffrè, Milán, 1981, p. 473 y ss.
 - (14) Código civil argentino, art. 512.-"La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de ^{las} personas, del tiempo y del lugar".
 - (15) Nota del codificador al art. 512 del CC. argentino.
 - (16) Nota del codificador al art. 1389 del CC. argentino.
 - (17) El art. 1525 del Código civil argentino dispone que "El locador responde de los vicios o defectos graves de la cosa arrendada que impidieran el uso de ella, aunque él no los hubiese conocido, o hubiesen sobrevenido en el curso de la locación, y el locatario puede pedir la disminución del precio, o la rescisión del contrato, salvo si hubiese conocido los vicios o defectos de la cosa".
 - (18) Nota del codificador al art. 1554.
 - (19) El art. 1728 del Código civil argentino dispone: "Cuando un socio autorizado para administrar, cobra una cantidad exigible, que le era debida particularmente de una persona que debía a la sociedad otra cantidad también exigible, debe imputarse lo cobrado a los dos créditos, aunque hubiese dado el recibo por cuenta de su crédito

particular. Pero si lo hubiese dado por cuenta del crédito de la sociedad, todo se imputará a éste. ...".

- (20) Ver, cap. IX, secc. II, pto. 4, p.309 y 310.
- (21) Código civil argentino, art. 1053.-"Si el acto fuere bilateral y las obligaciones correlativas consistiesen ambas en sumas de dinero, o en cosas productivas de frutos, no habrá lugar a la restitución respectiva de intereses y de frutos, sino desde el día de la demanda de nulidad. Los intereses y los frutos percibidos hasta esa época se compensan entre sí."
- (22) MOSSET ITURRASPE, J. ob. cit. en nota 6, p. 122.
- (23) Ver, VIDELA ESCALADA, F. "La interpretación de los contratos civiles", Buenos Aires, 1964.
- (24) Ver, LOPEZ DE ZAVALIA, F. ob. cit. en nota 6, p. 241. Entiende este autor que la mención de la verosimilitud "impone tomar en cuenta también las circunstancias del caso".
- (25) Idem nota anterior.
- (26) LLAMBIAS, J. "Código Civil anotado"...cit. en nota 6, comentario al art. 1198, p. 153.
- (27) Sobre el tema ver la amplia referencia bibliográfica que aparece en LLAMBIAS, J. ob. cit. en nota anterior, comentario al art. 1071.
- (28) Idem nota anterior, p. 302.
- (29) "El abuso del derecho consiste en el ejercicio de la atribución legal contrariando los dictados de la buena fe o desviándola del fin para la cual ha sido reconocida", CCiv., Sala A, publicado en LL t. 101, p. 635.
 "Existe abuso de derecho se se lo ejerce en detrimento de otro, tras pasando los límites de la equidad o contrariando la buena fe, o bien haciendo un ejercicio contrario al destino económico y social del derecho subjetivo, reprobado por la conciencia general", Trib. del Trab., Nº 3, San Martín (Prov. de Buenos Aires), publicado en LL, t. 85, p. 494.
- (30) "La buena fe es un 'standard' jurídico, un patrón de conducta indicativo de la orientación que el Derecho pretende dar al individuo en sus relaciones interindividuales", C.Nac.Com., Sala A. publicado en JA 1977-IV, síntesis.
 "La buena fe no solamente debe advertirse aflorando del hecho ético sino que debe confrontarse con el plano social o jurídico donde de-

pendará su existencia y efectos, precisamente de las previsiones del ordenamiento aplicable a cada territorio" , C.Nac.Com, Sala A, publicado en JA. 1977-IV, síntesis.

- (31) "La noción de buena fe es una de las más difíciles de aprehender en el Derecho privado; de su dimensión objetiva, esto es, concebida como una directiva del ordenamiento jurídico que impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, como en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos con rectitud y honradez, se desprende que es inadmisibile que un litigante pretenda fundamentar su accionar, aportando hechos y razones de derecho que contradigan sus propios actos; es decir que asuma una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su anterior conducta", C.Nac.Civ., sala C, publicado en JA, 1981-III, p. 303. Otro fallo en igual sentido de la misma sala puede verse en JA., 1981-IV, p. 368.
- (32) MOSSET ITURRASPE, J. ob. cit. en nota 6, p. 123.
- (33) MOSSET ITURRASPE, J. idem nota anterior.
- (34) Ver MOISSET DE ESPANES-PIZARRO-VALLESPINOS, ob. cit. en nota 8, p. 1.
- (35) MOSSET ITURRASPE, J. ob. cit. en nota 6, p. 138.
- (36) LOPEZ DE ZAVALIA, F. ob. cit. en nota 6, p. 241.

CAPITULO X

APUNTES SOBRE LAS PROYECCIONES FUTURAS

DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

Sumario:

1. La progresiva utilización del principio y la seguridad jurídica.
2. El cambio social, el cambio jurídico y la buena fe.

Las proyecciones futuras del principio de buena fe son, a nuestro juicio, de dos tipos; unas consisten en la utilización acabada del principio; las otras -derivadas de la modificación de las necesidades sociales- se manifiestan en la integración, no ya de la regulación de una relación jurídica particular, sino en la integración del Derecho como orden regulador de la convivencia. Ambas direcciones son importantísimas y conducen a una mejora notoria en el ámbito jurídico. En ambos casos, la buena fe significa en su correcta y ajustada aplicación, el logro de una mayor eticidad, el enriquecimiento estimativo del ordenamiento, y la adecuación ordenadora, constante y permanente, del Derecho a la realidad.

1. LA PROGRESIVA UTILIZACION DEL PRINCIPIO Y LA SEGURIDAD JURIDICA

A lo largo de estas páginas, que no son otra cosa que una aproximación provisional -como toda obra humana- al tema, hemos delineado el contenido y las funciones que, a nuestro juicio, caracterizan al principio de buena fe. Creemos que mucho se progresaría con la simple puesta en práctica de las potencialidades que encierra la referencia a la buena fe.

La función informadora que desarrolla el principio no siempre actúa como proceso consciente por parte del legislador; sería tarea de psicólogos, el decirnos cuáles son los mecanismos exactos por los que la buena fe, como los otros principios generales, influyen en la mente de quien debe crear las normas, a fin de aparecer informando el producto de tal actividad. En muchos casos, la influencia^{que} el principio del Derecho desempeña viene impuesta por la formación jurídica previa

del legislador. Quien ha estudiado Derecho ha incorporado y ,hasta diríamos que, ha automatizado la aplicación de ciertos esquemas que representan las líneas maestras del ordenamiento jurídico; en este sentido, por ejemplo, el principio de que nadie debe ser castigado sino en virtud de ley previa, es decir, lo que técnicamente conocemos como principio de legalidad, marca sin duda el pensamiento del jurista. Pues bien, si este jurista se ve en la obligación de formular un conjunto dispositivo, será muy probable que en alguna medida se refleje allí el mencionado principio; y, probablemente, su incorporación sea casi automática, no el producto de un procedimiento razonado conscientemente que conduzca a la conclusión de que es aconsejable incluir tal o cual norma concreta. El presupuesto básico de la dogmática tradicional decimonónica, sobre la racionalidad del legislador responde más a una simple suposición, o a la necesidad de creer en dicha racionalidad, que a un estudio serio sobre los procesos intelectuales de creación de normas (1).

Esto ocurre claramente con aquellos principios que tienen una carga o revestimiento técnico-jurídico acentuado; pero ¿qué sucede en particular con el principio de buena fe? Creemos que el proceso es distinto; la consagración por vía legislativa de los corolarios del principio de buena fe, no depende de la formación especializada de quien debe formular las disposiciones. Si bien se ve, todos saben -y, quizás con mayor precisión, antes de acometer un estudio profundo y exhaustivo del mismo-, lo que el principio general de la buena fe, o mejor diríamos, la buena fe - a secas - significa.

La fuerte esencia ética de la buena fe no depende para su comprensión de la formación profesional, sino más bien de la formación moral de cada uno. Así como los principios de marcado carácter jurídico -por lo general- no inspirarán al legislador no jurista. (2), aquellos

valores que los juristas incorporamos al contenido del principio de buena fe, sin duda estarán presentes en la mente de todos los legisladores, juristas o no, en el momento de crear las normas -aunque, reiteramos, cuando el principio general de la buena fe actúan informando una disposición, o un conjunto normativo, no siempre esa influencia será consciente, sino más bien automática, casi refleja-.

Cuando nos referimos a la mayor utilización del concepto de buena fe en materia jurídica, ponemos el acento en las otras funciones, las relativas a la limitación de los derechos, la integración y la interpretación; se trata de una utilización en funciones prácticas de relevancia singular en todo sistema jurídico.

La interpretación e integración acordes con la buena fe son medios utilísimos para el logro de soluciones más justas y adecuadas a las particulares circunstancias de cada caso concreto. Pero sobresale, a nuestro juicio, la profunda labor que puede desarrollarse a partir de la aplicación de la buena fe como criterio para limitar el ejercicio de los derechos, es decir, como principio rector de la conducta en interferencia intersubjetiva.

La mención de la buena fe como factor de limitación ofrece al jurista práctico, en especial al juez, un elemento de múltiples y variadas connotaciones, una vía directa para llegar a la solución de los conflictos, sin tener que transitar oscuros e intrincados -cuando no laberínticos- senderos normativo-positivos. Mucho se ha criticado a la dogmática, y a los juristas en general, por su afecto a la retórica; pensamos que más que retoricismo, es el afán desmedido de no apartarse un ápice del frío texto legal, lo que hace que el abogado o el juez argumenten con las normas hasta lograr combinarlas de forma tal que el resultado sea lo más valioso posible. No es menester ese rodeo cuando se cuenta

con la buena fe como principio rector; y, si contamos con normas expresas al respecto, con mayor razón.

La utilización de los criterios de flexibilización del ordenamiento jurídico no es una forma de zocabar las bases del sistema, atacando la seguridad tan mentada y "adorada" por el positivismo legalista. No hay incompatibilidad entre buena fe y seguridad; la buena fe encarna otros valores jurídicos que habrá que combinar armónicamente en la búsqueda de la justicia (3). El empleo serio de la buena fe requiere, sin duda, una labor de profundización dura; no propiciamos desde aquí, el simple recurso a la buena fe, sin más, como panacea de todos los conflictos, ni como forma de evitar un estudio detallado de los problemas. El intérprete, el juez, al recurrir a la buena fe deberá llevar a cabo una labor de análisis tendiente a concretar el contenido del principio y, luego, a aplicar sus consecuencias. Si no queremos dar pie a la crítica por el retoricismo, debemos trabajar para evitarlo; no bastará decir que la buena fe impone tal o cual consecuencia, habrá que demostrar y desarrollar el concepto. Si la simple y escueta mención de la buena fe resulta insuficiente, tampoco es correcta la postura que pretende evitar por completo la aplicación del principio, amparada en una pretendida defensa del orden y la seguridad.

Cada vez que se habla de estos medios de relajamiento o flexibilización de los conjuntos normativos positivos, se cae en el lugar común de afirmar que la utilización de los mismos por parte de dirigentes inescrupulosos conduciría, como condujo en cierta época histórica (4), a la consagración de la arbitrariedad y la injusticia; ante ello se prefiere cerrar la puerta a los mismos, para enclaustrar el ordenamiento en aras de un criterio superior de seguridad. Quienes así piensan no advierten que lo valioso no es la seguridad por la seguridad misma, sino la que

conduce a la realización de la justicia. El positivismo apegado al legalismo estricto, puede no conducir a la seguridad, sino a la estabilidad de lo injusto. Al respecto afirma Le Fur: "una seguridad injusta no es tal, es precisamente lo contrario" (5); y agrega Hernández Gil: "la seguridad es orden; pero éste abstraído del contenido, no equivale al derecho, si por tal entendemos algo que no se agota en lo formalmente válido y coactivamente impuesto" (6).

Algunas observaciones se imponen: La seguridad no implica fosilización; la seguridad no es más que uno de los caminos hacia la justicia; ni el único, ni el más importante. Respecto a la seguridad jurídica siempre se sostiene como un tópico que la admisión de criterios abiertos, engendra el peligro de la máxima arbitrariedad. No se advierte también que el reconocimiento de esos poderes al juez, puede ser una garantía de la auténtica y verdadera seguridad, es decir la seguridad como vía de la justicia (7).

El hecho de que, en algún momento, mediante la referencia a conceptos abiertos se hayan cometido injusticias, o arbitrariedades, no significa que esos mismos resultados disvaliosos no puedan resultar de la utilización de la ley positiva concreta. Si el dictador o el tirano pueden valerse de conceptos abiertos, no les resultaría nada más complicado recurrir al dictado de leyes, de normas que consagrasen iguales arbitrariedades. En tales hipótesis el aplicar el criterio de la seguridad como atadura del juzgador a la ley, conduciría a la estabilidad de lo ilegítimo. Supuesta esta hipótesis no dudamos de que los defensores extremos de la seguridad clamarían por la aplicación de los principios generales del Derecho, de la buena fe, de la equidad, de las buenas costumbres, o cualquiera de las otras cláusulas que consagran conceptos abiertos, para impedir la injusticia.

El afán de seguridad no está reñido con los criterios de flexibilización que permiten un funcionamiento globalmente más valioso del ordenamiento. La seguridad, entendida como estabilidad de la ley y observancia irrestricta de la misma no es la fórmula mágica para el logro del bien común. No propugnamos la mera utilización de conceptos abiertos; no decimos que haya de tirarse por tierra la normativa; no pretendemos descalificar a la seguridad como uno de los valores a los que se debe aspirar. Simplemente decimos que la seguridad no es el fin último, sino uno de los caminos para el logro de la justicia.

La buena fe encarna otras vías, igualmente dignas, igualmente valiosas, igualmente necesarias. La fórmula debe ser: ni mera aplicación estricta de la normativa concreta, ni mero recurso a los conceptos indeterminados. Pero no deshechemos un vehículo útil y por sí valioso para el logro del fin del Derecho, para la realización de la justicia.

Seguridad tampoco implica fosilización de los textos legales. Es cierto que la seguridad como valor del plexo axiológico jurídico impide la constante e incontrolada variación, el movimiento perpetuo e inacabado (8); pero no impide, en cambio, la necesaria adecuación de las normas legales positivas a las necesidades de la sociedad en general, ni-en ámbito más reducido- la adaptación a las circunstancias del conflicto en particular. El inmovilismo legal considerado como certeza conduce inexorablemente a soluciones injustas. La seguridad representa la necesidad de cierto orden en las relaciones sociales, pero no el mantenimiento del contenido concreto de aquellas fórmulas de orden (9).

La aplicación plena y, por ende, medida, de la buena fe, tiene dos consecuencias importantes, más allá de la solución de múltiples casos. Significa, por un lado, la acentuación de la eticidad de

las normas positivas, consideradas como conjunto; y a la vez, implica el rescate de la dimensión axiológica del Derecho como fenómeno cultural. Ha dicho Díez Picazo que la "commoción que una dinámica utilización del principio de buena fe produce en el derecho es muy profunda. El legalismo hace crisis y la hace también el positivismo riguroso (10).

Desde el primer punto de vista, han saludado los autores españoles, la incorporación del art. 7.1 en el Título preliminar, ya que, como dijimos, la mención expresa del principio implica un refuerzo importante, en aras del reconocimiento de su actuación jurídica. Tal incorporación significa "que se ha agrandado una importante puerta de comunicación con la moral social" (11). "La remisión a la buena fe -ha sostenido con acierto-Hernández Gil-, supone siempre la puesta en vigor de vivencias y estimaciones por virtud de las cuales, el derecho legislado o codificado se abre a la realidad ético-social subyacente" (12).

Amén de representar una importante vía de introducción de las nociones éticas en el ordenamiento, la buena fe es criterio conductor de los aspectos axiológicos del Derecho. La buena fe está en la base del Derecho como fenómeno; sin embargo, es útil que las normas expresamente se refieran a ella para dejar patente algo que no debería haberse olvidado: que el Derecho, sin ser lo mismo que la moral, está fuertemente inspirado en criterios éticos; que el Derecho, sin ser valor en esencia, es portador de valores. Ética y valor/^{no} pueden estar alejados de lo jurídico, so pena de vaciar de auténtico contenido a las normas de Derecho.

Luego de un período de marcado positivismo, los juristas han ido "descubriendo" en los diversos ordenamientos positivos, las vías por las cuales se puede efectuar la conexión de las normas con esos órdenes superiores que son el fundamento y razón última de la ley. Es ilustrativo en este punto el estudio de Corradini que demuestra cómo las

mismas normas asumen en distintos momentos, significados diversos (13).

Afortunadamente asistimos hoy a una revisión de aquellos conceptos y a una búsqueda no nueva, sino renovada, de la ética y el valor en la norma. Esto no está reñido con la independencia del Derecho, ni con la búsqueda de su esencialidad; se trata, más bien, de un imperativo de la esencia misma del objeto con que los juristas trabajamos, un objeto proteico, polifacético y que, sin confundirse con otros órdenes de conducta, está fuertemente influido e informado por ellos.

El correcto uso del criterio de buena fe traerá aparejado, a no dudarlo, la dinamicidad axiológico-ética de los cuerpos normativos, y reflejará más acertadamente la realidad del Derecho.

2. EL CAMBIO SOCIAL, EL CAMBIO JURIDICO Y LA BUENA FE.

En una época de aceleradísimo ritmo histórico como la que nos toca vivir, los juristas han dedicado interesantes páginas al tema del cambio social y su influencia en el Derecho. Más rigurosamente deberíamos hablar de la necesaria influencia o interrelación entre ese cambio en la realidad y las normas concretas que el hombre ha dictado para regular su convivencia con los demás (14).

El Derecho es un producto cultural; su misión principal es la de lograr una convivencia armónica y justa entre los hombres. Pero las normas, legales o consuetudinarias, o jurisprudenciales, no rigen abstractamente cualquier comunidad, en los puntos más dispares de la Tierra, y en tiempos iguales. La cultura tiene por objeto la satisfacción de las necesidades que se van planteando a los hombres, y esas necesidades se modifican en función de las particulares circunstancias de una comunidad. El momento, el grado de desarrollo, el lugar, la historia, la configura-

ción social, la educación de la población, la religión, etc., son entre otros, los factores que determinan las formas de vida e interrelación entre los hombres. El Derecho no puede permanecer ajeno a estas circunstancias; debe necesariamente estar abierto a la modificación, a la adecuación.

La vinculación Derecho/hecho, o realidad, no lo es en un solo sentido; en realidad, es una relación bifronte, o bidireccional, con conexión e intercomunicación. El Derecho, como orden normativo, no debe necesariamente incorporar todo lo fáctico y dotarlo de normatividad; por el contrario, la misión del Derecho respecto a la realidad consiste en estar atento a sus modificaciones para brindarle un marco normativo adecuado; no puede el Derecho renunciar a su función ordenadora de la convivencia, con vista a la realización de unos fines superiores (15). Si sostenemos que no debe desvincularse la norma de la realidad, no es menos cierto que tampoco debe transformarse todo lo fáctico en norma. La normatividad debe adaptarse a la realidad y encausarla adecuadamente.

Esta adecuación ordenadora de la realidad, impone la necesaria modificación del ordenamiento so pena de producirse un desfase, o lo que algunos autores han llamado un resago cultural. La desconexión entre el Derecho y la realidad puede engendrar serias consecuencias, pues si la norma no se adecúa, su aplicación produce resultados injustos; y esa inadecuación sumada al disvalor de las soluciones lleva al desprestigio del ordenamiento (16). No creamos

Los juristas de la Ilustración creyeron en la posibilidad de cristalizar en normas concretas la esencia misma del Derecho y crearon cuerpos legales que supusieron universales en tiempo y espacio. La codificación del siglo XIX representa el más alto punto en este esquema racionalista. Sin embargo, codificación no es sinónimo de estancamiento. Cuando

afirmamos que es menester una adecuación del Derecho a la realidad, no des calificamos la codificación como forma normativa. "Un código no es la última palabra en Derecho", sabias palabras y no precisamente de un filósofo moderno, sino de un codificador del siglo pasado; así pensaba Vélez Sarsfield, codificador argentino, y con estas palabras acompaña su proyec to (17).

La propia codificación debe prever la posibilidad de su modificación y adaptación. Y aquellos cuerpos perfectos previeron, con diferentes grados de amplitud, los medios adecuados para la introducción de la realidad, para el aggiornamento de sus normas; tales las cláusulas referidas a los principios generales, a la equidad, las buenas costumbres, o las costumbres del lugar, etc.. Es cierto que con ellas no pueden capear se todos los temporales de la realidad, pero sí deben ser utilizadas mientras se dictan las nuevas normas necesarias (18).

Otra vez, en materia de cambio jurídico, se alzan las voces que defienden la seguridad. Pero una adecuada comprensión de este valor jurídico, no lo hace sinónimo de inmovilismo. Si las normas no se adecúan a las necesidades no podremos decir que haya seguridad. Seguridad -hemos dicho- no es fosilización; tampoco permite un cambio permanente.

Admitir en el ordenamiento estos conceptos de flexibilización -de los cuales la buena fe es uno de los más ricos e importantes-, no trae aparejada una dinamicidad perpetua; hay permanencia en la medida en que permanezcan las valoraciones sociales vigentes y cuando éstas cambian, criterios como el de buena fe, permiten la paulatina adecuación. Ello es así, porque es precisamente la buena fe la que recoge e introduce esa realidad informadora al Derecho. La estabilidad radica, entonces, en la permanencia de las valoraciones sociales; y la certeza, en la objetividad de dichas estimaciones.

Debe establecerse un adecuado equilibrio entre la tradición y el cambio; no se trata de apoyar la revolución constante en materia jurídica, sino de reconocer que el Derecho es algo vivo y que, como tal, debe mantenerse dinámico y progresivo. Compartimos la opinión de Soto Nieto cuando afirma que "la evolución y el advenimiento de un haz novedoso de creencias sociales...estimula la creación de nuevos moldes jurídicos que hallan su inspiración y factura en la índole y dimensión de los advenidos fenómenos. La ambivalencia de la norma ha de estribar en su doble condición de colectora de la lección del pasado y solutoria de la acuciante necesidad del presente" (19).

En el capítulo VIII hablamos del principio de buena fe como factor de integración del estatuto regulador de las relaciones jurídicas; decíamos allí que por vía de la buena fe podría completarse y corregirse la regulación prevista por las partes. Ahora estamos frente a una hipótesis en que la buena fe actúa como integradora del ordenamiento jurídico como un todo. También nos permite corregir y completar; esto es adecuar las normas ya existentes a las nuevas realidades y desentrañar los criterios normativos que deben aplicarse a la renovada facticidad.

Ha señalado Betti (20) que en el ordenamiento legal se producen algunas lagunas por mutación, es decir por alteración del supuesto de hecho previsto. Esta modificación de la realidad social, que necesita ser regulada, impone la corrección del ordenamiento. Es la buena fe, con su propia normatividad, la que impondrá la corrección que es menester; ello siempre que el juzgador advierta que puede recurrir a este principio general y no se encierre en la aplicación estricta de la legislación.

Más allá de estos casos, y como es imposible prever el

devenir, muchas veces la realidad generará situaciones completamente nuevas. El legislador no es, por regla general, el primero en sentir la necesidad de la regulación; son los jueces los que ven llegar a sus estrados, o los abogados en sus bufetes los que se enfrentan con que es menester regular de alguna forma una relación, o dar solución justa a un conflicto. Frente a ello, la solución no puede consistir jamás en negar el problema, ni en encasillarlo en categorías que no son las propias. La buena fe con su potencialidad jurígena es uno de los criterios más útiles para guiar la búsqueda de la solución.

No se trata de integrar la regulación de una determinada relación, sino de incorporar la relación al ordenamiento. Pongamos un ejemplo, el avance de las ciencias biológicas hizo posibles los transplantes de órganos; las relaciones que surgieron, entonces, entre donantes y receptores, las facultades y deberes de los médicos, los derechos de unos y otros no podían ser encuadrados en un tipo de relación como el de la compraventa, la colocación, o la donación. Las partes no firmaban ningún tipo de contrato en que se prometieran como prestación -compensada o no- la entrega de un órgano de su cuerpo. Los problemas surgían y no era solución decir que no eran relaciones jurídicas. Había que integrar ese ordenamiento incorporando la relación en sí, y regulándola adecuadamente. En esta hipótesis -y hasta tanto el legislador dictara las normas respectivas- la buena fe hubiera podido brindar marco normativo a las nuevas situaciones.

Hoy contamos en casi todos los países con detalladas regulaciones de transplantes de órganos, pero ya se plantean problemas nuevos, como los derivados de la bio-ingeniería. Técnicas como el "clónning", o la implantación del óvulo en una mujer-portadora, que no es la madre del bebé, generan problemas que tampoco pueden solucionarse por vía de

la aplicación de las normas contractuales.

Estos y otros muchos problemas lejanos hoy, serán frecuentes mañana. Hasta que el legislador prevéa la solución especial y adecuada deberán regularse las relaciones que surjan, deberán solventarse los posibles conflictos. En tal hipótesis la buena fe será guía útil en la tarea. Lo será primero por ser principio rector de la conducta del hombre en sociedad; lo será, además, por representar un orden normativo que traduce permanentemente la conciencia ética de la comunidad.

Podríamos decir que la buena fe representa el vehículo de introducción del cambio jurídico; una vía de acceso de la realidad no normada a una regulación tendente a la realización de los valores justicia, orden, seguridad, etc..

Mediante la remisión a la buena fe tendrán cabida las reglas ético sociales vigentes, sean antiguas o modernas, sean las mismas o distintas de las de otro grupo social; serán las normas y valoraciones aceptadas, y ,por tanto, es ese contenido precisamente el que legitima la aplicación del principio para regular la facticidad siempre renovada.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

- (1) Sobre el tema ver HERNANDEZ GIL, A. "La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981; ZULETA PUCEIRO, E. "Paradigma dogmático y ciencia del derecho", Edersa, Madrid, 1981.
- (2) Cuando nos referimos al legislador no jurista, lo hacemos no con alcance profesional oficial; puede haber auténticos conocedores de lo jurídico que no tengan el título académico universitario de Licenciados en Derecho;
- (3) Véase nuestro, "El poder jurisdiccional frente a los valores jurídicos seguridad y justicia", en R.G.L.J., t. LXXXI (1980), p. 459 y ss.
- (4) Ver: BRUFAU PRATS, J. "Introducción al Derecho. I- El hombre, el entorno social y el derecho", s/e, Salamanca, 1980; RADBRUCH, G. "Filosofía del Derecho" (trad castellana), 4a. edic., Ed.Rev. Der. Priv., Madrid, 1959; nuestro artículo citado en nota anterior y la bibliografía allí citada.
- (5) LE FUR, L. "El fin del derecho: bien común, Justicia y seguridad", en el volumen "Los fines del Derecho", UNAM, México, 1975, p. 19 y ss.; véase en el mismo volumen, el estudio de RADBRUCH, G. "El fin del Derecho", p. 55 y ss.
- (6) HERNANDEZ GIL, A. "El cambio político español y la Constitución", Planeta, Madrid, 1982, p. 409.
- (7) Sobre el tema ver, entre otros, LEGAZ LACAMBRA, L. "Filosofía del Derecho", Bosch, Barcelona, 1953, en especial, p. 470; HAURIOU, M. "L'ordre social, la justice et le droit", en Rev.Trim.Droit Civil, t. XXVI (1927), p. 795 a 825; HUBNER GALLO, J. "La justicia y la seguridad" en el volumen "La justicia y el orden social" ed. Idearium, Mendoza, 1977; VALLET DE GOYTISOLO, J. "La seguridad jurídica en los negocios dispositivos", en Rev. del Notariado, Buenos Aires, t. LXXXI (1978), p. 385 y ss.; COSSIO, C. "Meditación sobre el orden y la seguridad", en LL., t. 83 (1956), p. 1017 y ss; LE FUR, L. ob. cit. en nota 5; LE FUR-DELOS-RADBRUCH-CARLYLE, "Los fines del Derecho", UNAM, México, 1975.
- (8) Conf. RADBRUCH, G. ob. cit. en nota 5, p. 64 y ss.
- (9) Conf. NOVOA MONREAL, E. "El Derecho como obstáculo al cambio social", 4a. edic., Siglo XXI, México, 1980, en especial, cap. X, punto IX, p. 156 y ss.
- (10) DIEZ PICAZO, L. prólogo a la obra de WIEACKER, F. "El principio ge-

- neral de la buena fe" (trad. Carro), Civitas, Madrid, 1977, p. 15 y 16.
- (11) HERNANDEZ GIL, A. "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe" (discurso de apertura de curso), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979, p. 15.
- (12) HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota anterior, p. 32; y en "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980, cap. III, p. 173.
- (13) CORRADINI, D. "Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato", Giuffrè, Milán, 1970.
- (14) Además de las obras hasta aquí citadas, ver MOISSET DE ESPANES, L. "Cambio social y cambio legislativo", en ADC. t. XXXIII (1980) p. 105 y ss.; SOTO NIETO, F. "El cambio social y el Derecho" (discurso de recepción), Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1979; y la contestación de PINTO RUIZ, J. en el mismo volumen; RODOTA, S. "Il diritto privato nella società moderna", Soc. Edit. Il Mulino, Bologna, 1971; GALVAO DE SOUSA, J. "La historicidad del derecho y la elaboración legislativa", Escelicer, Madrid, 1972 (trad. Sardina-Páramo).
- (15) Conf. HERNANDEZ GIL, A. ob. cit. en nota 1, en especial, p. 116 y ss.
- (16) No creemos que puede llegarse a la supresión del derecho como sostienen las corrientes marxistas, pues el Derecho como orden normativo es insuprimible; sí podrían desprestigiarse las formas actuales de ordenamiento, legal o jurisprudencial.
- (17) Ver CHANETON, A. "Historia de Vélez Sarsfield", Ed. La Facultad, Buenos Aires, 1938, T. II, cap. XI, nota 54.
- (18) Véase, CASTAN VAZQUEZ, J. "La codificación como hecho actual" en "Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Prof. Moisset de Espanés", Ed. Universidad SRL, Buenos Aires, 1980, p. 571 y ss; HERNANDEZ GIL, A. "Formalismo, antiformalismo y codificación", Comisión Gral. de Codif., Madrid, 1970.
- (19) SOTO NIETO, F. ob. cit. en nota 14, p. 27.
- (20) BETTI, E. "Interpretación de la ley y de los hechos y actos jurídicos" (trad. de De los Mozos), Ed. Rev.Der.Priv., Madrid, 1975.

CONCLUSIONES

- 1.- Los principios generales del Derecho son ideas-fuerza con contenido normativo propio que recogen en forma esquemática las orientaciones fundamentales de la realidad específica de lo jurídico.
- 2.- Los principios generales del Derecho se caracterizan por la universalidad del contenido; la historicidad de sus aplicaciones; su potencialidad jurígena; la existencia previa al ordenamiento; la representación de valores jurídicos.
- 3.- Los principios generales actúan como informadores del ordenamiento; como criterios en la interpretación; como límites al ejercicio de los derechos -como normas rectoras de la conducta con trascendencia jurídica-; como factores en la integración.
- 4.- La normatividad de los principios generales radica en su contenido sustancial, con independencia de su recepción en un ordenamiento jurídico concreto.
- 5.- La normatividad de los principios generales se manifiesta en dos direcciones; por una parte tenemos la normatividad directa, y por otra, una normatividad refleja que se presenta a través de la creación de normas jurídicas derivadas más concretas.
- 6.- Los principios generales del Derecho representan la confluencia del fenómeno jurídico con la ética y la axiología. La verdadera significación y trascendencia de la incorporación de los principios generales al ordenamiento reside en que los principios representan, precisamente, la forma de ingreso al sistema jurídico de los valores y convicciones éticas básicas de una comunidad.
- 7.- La buena fe es un dato de la realidad, y no meramente una creación del Derecho.
- 8.- El de buena fe es un concepto jurídico indeterminado normativo.

- 9.- Las tradicionales distinciones entre buena fe objetiva y subjetiva encubren, una diferenciación ontológica errónea.
- 10.- El principio general de buena fe es uno, sin perjuicio de las muchas funciones que puede cumplir.
- 11.- La relación entre creencia y conducta en materia de buena fe es muy estrecha. De la misma manera que no puede hablarse de que hay una conducta conforme a la buena fe, un actuar recto y honesto en su mera exterioridad, si esa conducta va acompañada de mala fe "subjetiva"; no puede darse un caso de buena fe subjetiva con una conducta efectiva incorrecta, desleal, no diligente.
- 12.- Los conceptos indeterminados normativos son aquellos cuyo contenido y alcance se determina por vía de la labor estimativa.
- 13.- Para dotar de contenido al principio de buena fe hay que remitirse al esquema valorativo general medio, y no a la estimación personal individualizada del juzgador, ni a la de un sector de la comunidad. Habrá que referirse a las estimaciones de la sociedad en su conjunto.
- 14.- Los contenidos incorporados son aquellos de moral social relacionados con la convivencia, en especial ingresan las virtudes morales relativas, cuyo ejercicio requiere un término exterior de referencia distintos del agente.
- 15.- Dentro de este contenido de moral social, los valores jurídicos --especialmente la solidaridad y la cooperación-- actúan como catalizador, permitiendo el acceso al ámbito jurídico de aquellas virtudes morales de alteridad que tienden al logro de una convivencia armónica y ordenada.
- 16.- La universalidad del concepto de buena fe se manifiesta en su contenido. La historicidad afecta sus aplicaciones concretas.

- 17.- La normatividad del principio de buena fe es la nota que sirve para unificar los dos tipos tradicionalmente distinguidos: buena fe objetiva y buena fe subjetiva.
- 18.- La normatividad de la buena fe puede ser directa o refleja. Es directa cuando actúa por sí, como principio general al que el ordenamiento se refiere. Es refleja cuando actúa por medio de normas concretas que son derivados más específicos de las directivas generales abstractas contenidas en el principio.
- 19.- La normatividad puede ser de diverso grado; las dos formas descritas en la anterior conclusión son hipótesis de normatividad del principio de buena fe, de primer grado. Cuando la buena fe esto-
mada como elemento descriptivo caracterizador de un supuesto de hecho, su normatividad es de segundo grado. La diferenciación de grados de normatividad deriva de la inmediatez con que ésta se ejerce.
- 20.- La buena fe es uno de los principios informadores de los ordenamientos jurídicos. Informar significa dar forma sustancial, infundir sentido, servir de inspiración, concediendo a la materia informada un carácter peculiar y distintivo.
- 21.- El carácter informador del principio de buena fe no depende de su expresa recepción en normas positivas, sino que le es inherente.
- 22.- Reconocer el carácter informador del principio de buena fe significa admitir su pre-existencia respecto a las normas concretas positivas, su presencia en el ordenamiento legal y su jerarquía superiores y no meramente subordinada.
- 23.- El reconocimiento de la función informadora no significa decir que todo ha de regirse por los principios, relegándose la ley y la costumbre a un segundo lugar. Significa que hay que aplicar e in-

interpretar las normas en función del principio que las inspira y, en caso de controversia habrá que estar por la superioridad del principio.

- 24.- Las normas deben interpretarse en armonía con los dictados de la buena fe, es decir en conformidad con las normas de orden moral social, con los valores aceptados por la comunidad.
- 25.- La buena fe actúan como criterio de interpretación de las normas legales; especialmente respecto a aquellas normas que generan derechos o deberes específicos, y a aquellas que, sin establecer tales derechos, resultan claramente inspiradas por el principio.
- 26.- La interpretación de los contratos y demás declaraciones de voluntad de acuerdo a la buena fe no implica la búsqueda de la intención de las partes, sino la correspondencia con las normas objetivas encarnadas en el principio.
- 27.- La vigencia del principio de buena fe es irrenunciable. Las partes no pueden eludir su aplicación.
- 28.- Cuando la buena fe se utiliza como criterio para interpretar las normas legales sus efectos consistirán en la orientación y guía del intérprete en la selección del resultado y en la especificación del contenido de las normas.
- 29.- En materia de declaraciones de última voluntad, la buena fe actuará en la interpretación de la intención del testador, poniendo un límite protector de los valores morales socialmente respetados.
- 30.- Cuando se habla de la buena fe como límite al ejercicio de los derechos, lo correcto es referir dicho límite a la conducta con trascendencia jurídica.

- 31.- En la función de principio rector de la conducta, la buena fe muestra su máxima fuerza normativa. No actúa como fuente de derechos o deberes no previstos, sino como criterio de valoración del modo de actuación dinámica del contenido ya existente. La buena fe indica la forma de ejercicio o actuación.
- 32.- Cuando la buena fe actúan en su función integradora surgen del principio efectos no previstos en el estatuto regulador de la relación jurídica. Esta función afecta al contenido de la relación y no a su forma.
- 33.- La integración conforme a la buena fe procede tanto frente a una laguna en la regulación, como con la finalidad de corregir algunas de las disposiciones previstas, siempre que sean contrarias a las reglas de la buena fe. Admitimos pues, una interpretación complementaria y otra correctora.
- 34.- La integración no puede limitarse a la introducción, vía buena fe, de contenidos latentes en la intención de las partes. Significa la incorporación a la regulación de la relación jurídica en cuestión de las normas contenidas en el principio.
- 35.- Las proyecciones futuras del principio de buena fe son, a nuestro juicio, de dos tipos. Unas consisten en la utilización acabada del principio. Las otras se manifiestan en la integración ya no de la regulación de una relación particular, sino en la integración del Derecho como orden regulador de la convivencia.
- 36.- No hay incompatibilidad entre la buena fe y la seguridad. La buena fe encarna otros valores jurídicos que habrá que combinar armónicamente, en la búsqueda de la justicia.
- 37.- La aplicación plena de la buena fe tiene dos consecuencias importantes, más allá de la solución de múltiples casos. Significa, por

un lado, la acentuación de la eticidad de las normas positivas, consideradas en conjunto; y, a la vez, implica el rescate de la dimensión axiológica del Derecho como fenómeno cultural.

- 38.- El principio de buena fe representa el vehículo de introducción del cambio jurídico; una vía de acceso de la realidad no normada a una regulación tendiente a la realización de los valores justicia, seguridad, orden, etc.

Madrid, Diciembre de 1982

BIBLIOGRAFIA

- ALBALADEJO, M. "Compendio de Derecho civil", Bosch, Barcelona, 1970.
- "Instituciones de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1960.
- AL-SANHOURY, "Le standard juridique", en Recueil d'Etudes sur les sources du Droit, en l'honneur de F. Geny.
- AMOROS GUARDIOLA, M. "La protección del comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe", en A.D.C., t. XXV (1972), p. 189 y ss.
- ARTHAUD, C. "De la bonne foi et des effets en matière civile" (tesis), París, 1874.
- ARISTOTELES, "Ética a Nicómaco", en Obras Completas, (trad. P.de Azcarate), Ed. Lib. Anaconda, Bs.As., 1947, T. I.
- BATLLE VAZQUEZ, M. Comentario al art. 1 y al art. 7 del Código Civil español, en "Comentarios al Código civil y a las legislaciones forales" (bajo la dirección de Albaladejo), T. I, Edersa, Madrid, 1978.
- BESSONE, M. "Errore di valutazione economica, causa del contratto, giudizio di buona fede", en Riv.Dir.Comm., 1978, Nos. 9-10, p. 303
- BETTI, E. "Teoría general de las obligaciones" (trad. De los Mozos), Ed. Rev.Der. Priv., Madrid, 1969.
- "Interpretación de la ley y de los hechos y actos jurídicos" (trad. De los Mozos), Ed.Rev.Der.Priv., Madrid, 1975.
- BIANCA, "L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale", en Riv. Dir. Civile, 1964- I, p. 478 y ss.
- BIGLIAZZI GERI, L. "Osservazioni in tema di buona fede e diligenza nel pagamento al creditore apparente (con particolare riferimento alla cessione dei crediti)", en Riv.Trim.Dir. Proc.Civ., 1968, p. 1313 y ss, y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 179 y ss.
- BONFANTE, P. "Essenza della bona fides a suo rapporto colla teoria dell'errore", en "Scritti Giuridici Varii", Torino, 1926, T. II.
- "Essenza della buona fede" en Bolletino dell'Istituto di

- Diritto Romano, Roma, VI-3, 4.
- BORDA, G. "Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones", Perrot, Bs. As., 1965 y ss.
- BORGA, E. Voz "buena fe" en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Ed. Bibliog. argentina, Buenos Aires, 1955, T. II, p. 403.
- BOULANGER, "La méthode de l'interpretation juridique", Riv. Dir. Comm. 1951, p. 257 y ss.
- "Principes généraux du droit et droit positif", en "Le Droit privé français au milieu du XXe. siècle. Etudes offertes à George Ripert", Paris, 1950, T. I, p. 51 y ss.
- BRECCIA, U. "Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio", Giuffrè, Milán, 1968.
- BRENES CORDOBA, A. "Tratado de las Obligaciones y Contratos" (Derecho Civil de Costa Rica), Trejos, San José, 1923.
- BRETTON, "Les effets civils de la bonne foi", en Rev. Crit., t. XLVI, (1926), p. 86, 111.
- BRUFAU PRATS, J. "Hombre, naturaleza, libertad. En torno al tema de 'Libertad y Derecho'", en "Poder y Libertad" (Actas de la VIII reunión de Amigos de la Ciudad Católica. Madrid, 1969), Speiro, Madrid, 1970, p. 3.
- "Introducción al Derecho. I- El hombre, el entorno social y el Derecho", s/e, Salamanca, 1980.
- BRUGGI, "I principi generali del diritto e il diritto naturale" Arch. Giur., t. 90 (1923), p. 160 y ss.
- BUCH, "La notion d'égalité dans les principes généraux du droit", en Rev. Inter. Phil., t. 25 (1971), p. 77.
- BUSNELLI, F. "Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto", en Riv. Dir. Civ. 1969-I, p. 427 yss., y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 565 y ss.
- CADARSO PALAU, J. Comentario al art. 1.4 del Título preliminar del Código civil español, en "Comentarios a las Reformas del Código Civil", Tecnos, Madrid, 1977, Vol. I, p. 70 y ss.
- CALOGERO, "La polemica sui concetti giuridici", en Riv. Dir. Comm., 1945, p. 112 y ss.

- CANO MATA, "La interpretación de los contratos civiles", A.D.C., T. XXIV, (1971), p. 193 y ss.
- CAMACHO EVANGELISTA, F. "La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones", Granada, 1962.
- CARBONNIER, J. "Derecho Civil". "Estudios Introductorio" (trad. Zorrilla Ruiz), Bosch, Barcelona, 1971.
- CARCATERRA, A. "Intorno ai bonae fidei iudicia", Napoles, 1964.
- CASTAN TOBEÑAS, J. "Derecho Civil español, común y foral", T. I (Introducción y Parte General), 12a. edic. revisada por De los Mozos, Reus, Madrid, 1982.
- "Teoría de la aplicación e investigación del Derecho", Reus, Madrid, 1947.
- "La equidad en las letras españolas" (discurso de recepción), Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1949.
- "La idea de la equidad y su relación con otras ideas morales y jurídicas afines" (discurso de Apertura de Tribunales), Madrid, 1950.
- "La equidad y sus tipos históricos en la cultura occidental europea" (discurso de recepción) Real Academia de Ciencias Morales, Madrid, 1950.
- "La idea de justicia social" (discurso de Apertura de Tribunales), Madrid, Reus, 1966/
- "La idea de justicia (su trayectoria doctrinal y su actual problemática)", en R.G.L.J., T. LVI (1968), p. 173 y ss; 382 y ss.; 567 y ss.
- "La relación de rango entre las exigencias individuales y las exigencias sociales de la Justicia", en Revista de Derecho Español y Americano, Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1968.
- CASTAN VAZQUEZ, J. "La interpretación del testamento en el Derecho Común", en R.D.P., t. LVII (1973), p. 281 y ss.
- "Notas para la historia de la reforma del Título preliminar del Código civil", en Documentación Jurídica, 1974, Nº 4, p. 1139; también en R.D.P., t. LX (1976), p. 3 y ss.
- "La Réforme du Titre Préliminaire du Code Civil spagnol", en Rev. Int. Droit Comparé, 1974, Nº 4, p. 835 y ss.

- "Benavente y sus ideas sobre la justicia", en Rev. "Nuestro Tiempo", Nº 150, p. 616 y ss.
- "El abuso del derecho en el nuevo Título preliminar del Código Civil", en "Estudios sobre la reforma al Título Preliminar del Código Civil", Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, T. I, p. 469 y ss.
- "La codificación como hecho actual", en "Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Prof. Moisset de Espanés", Ed. Universidad SRL, Bs. As., 1980, p. 571 y ss.
- CASTRILLO SANTOS, J. "Autonomía y heteronomía de la voluntad", A.D.C., t. III (1949), p. 527.
- CASTRO, F. de - Ver De Castro.
- CICERON, M. "De los deberes" (trad. Valbuena), Porrúa, México, 1978.
- COLIN, A.-CAPITANT, H. "Cours élémentaire de Droit Civil français", Dalloz, Paris, 1915.
- CORRADINI, D. "Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato", Giuffrè, Milán, 1970.
- COSSIO, A. de "El Dolo en el Derecho Civil", Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1955.
- COSSIO, C. "Meditación sobre el orden y la seguridad", en LL, t. 83, sec. doct., p. 1017 y ss.
- "Meditación sobre el poder y la paz", en LL., t. 84, secc. doct., p. 636 y ss.
- "Meditación sobre la cooperación y la solidaridad", en LL., t. 84, secc. doct., p. 693 y ss.
- "La estructura del plexo axiológico", en LL., T. 84, p. 789 y ss.
- "El derecho en el derecho judicial", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
- CHECCHINI, A. "Rapporti non vincolanti e regola di correttezza", Cedam, Padova, 1977.
- CHERCHI, "Considerazioni sulla buona fede", en Riv. Dir. Civ., 1942, p. 25 y ss.
- DABIN, J. "El derecho subjetivo" (trad. Osset), Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1955.

- DANZ, E. "La interpretación de los Negocios jurídicos" (trad. Bonet Ramón), 3a. edic., Ed. Rev.Der.Priv., Madrid., 1955.
- DAVID, R. "Les grands systèmes de Droit Contemporains", Dalloz, Paris, 1964.
- DE ALMEIDA COSTA, M. "Direito das Obrigações", 3a. edic., Ed. Almedina, Coimbra, 1979.
- DE CASTRO, F. "El negocio jurídico", INEJ, Madrid, 1971
- "Derecho Civil de España. Parte General", 3a. edic., INEJ, Madrid, 1955.
- "Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley (Consideraciones en torno al art. 3º, apartado 1 del Código Civil)", en A.D.C., T. XXX (1977), p. 809 y ss.
- "Fuentes del Derecho e interpretación jurídica" (Observaciones alrededor del libro de Esser: 'Grundsatz und Norm)', en A.D.C., t.XI, p. 235 y ss.
- "La ciencia libre del Derecho, ¿es fuente primaria del derecho?", en A.D.C., t. I (1948), p. 565 y ss.
- "El ejercicio de los derechos", en "Temas de Derecho Civil", s/e, Madrid, 1976, p. 135 y ss.
- "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes ", Civitas, Madrid, 1978.
- DE DIEGO, F. "El método en la aplicación del Derecho Civil. Los principios generales del Derecho", en R.D.P., III (1916), p. 285.
- "Los principios generales del derecho y la doctrina legal como fuentes jurídicas en España", en R.G.L.J., t. 170, (1941), p. 340 y ss.
- "El art. 6º del Código civil español", en R.D.P., I (1913), p. 1.
- "La función jurisdiccional de los jueces y la aplicación del Derecho", R.D.P., t. I (1913-1914), p. 73.
- "Las fuentes del Derecho Civil común en general, según el Código civil español", R.D.P. t. II (1915), p. 33 y ss.
- Prólogo a la obra de Del Vecchio "Los principios generales...".
- DE LA OLIVA SANTOS, A. "La jurisprudencia en el nuevo Título Preliminar del Código civil", en A.D.C., t. XXVIII (1975), p. 437 y ss.
- DE LA VEGA BENAYAS, "Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Có-

- odigo Civil", Civitas, Madrid, 1976.
- DE LOS MOZOS, J. "La conversión del negocio jurídico", Bosch, Barcelona, 1959.
- "El principio de la buena fe", Bosch, Barcelona, 1963.
- "Derecho Civil español". Parte General, s/e, Salamanca, 1977, Vol. I.
- "La buena fe en el Título Preliminar del Código Civil", en "Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil", Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1977, T. I, p. 439 y ss.
- "La equidad en el Derecho civil español" (ponencia española la VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Pescara, 1970).
- "Norma, principio y sistema en la integración del ordenamiento jurídico", en "Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. F. de Castro", Tecnos, Madrid, 1976, Vol. II, p. 321.
- "El objeto del negocio jurídico", en R.D.P., t. XLIV (1960), p. 372 y ss.
- DEGNI, F. "L'interpretazione della legge", 2a. edic., Ed.C.N. Jovene, Napoles, 1909.
- DEL VECCHIO, G. "Los principios generales del Derecho" (trad. Ossorio Morales), 3a. edic., Bosch, Barcelona, 1979.
- "Sui principi generali del diritto" en Arch. Giur., t. 85, (1921), p. 17 y ss.
- "Les principes généraux du droit", en Recueil Geny, Paris, T. II, p. 69 y ss.
- "Essai sur les principes généraux du droit", en Rev. Crit. 1925, p. 243 y ss.
- DI MAJO, A. "Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto", en Riv.Dir.Comm., 1970, Nos. 5-6, p. 192 y ss.
- DIEZ PICAZO, L. "Fundamentos de Derecho civil patrimonial", Tecnos, Madrid, 1970, T. I.
- "Sistema de Derecho Civil" (en colab. con Gullón), Vol. I, 4a. edic., Tecnos, Madrid, 1981.
- "Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho", Ariel, Barcelona, 1973.

- "Derecho y masificación. Tecnología y Derecho privado (Dos esbozos)", Civitas, Madrid, 1979.
- "La doctrina de los propios actos", Bosch, Barcelona, 1963.
- "El contenido de la relación obligatoria", en A.D.C., t. XVII (1964), p. 349 y ss.
- "Abuso del derecho y fraude de la ley en el nuevo Título preliminar del Código civil y el problema de sus relaciones", en Doc.Jur., 1974, Nº 4, p. 1329 y ss.
- Prólogo a la obra de Wiaecker, "El principio de la buena fe".
- "La interpretación de la ley", en A.D.C., t. XXIII (1970), p. 711 y ss.
- "Fuentes del Derecho: valor de la jurisprudencia", en ADC. t. XI, p. 594 y ss.
- DJUVARA, "Sources et norms du droit positif", Ann. Inst. Phil. I (1934), p. 88.
- D'ORS, "Para una interpretación realista del art. 6 del Código civil español" en "Studdi in hn.E. Betti", Milán, 1962, p. 117 y ss.
- D'OTHEE "Quelques réflexions sur le rôle de la 'bonne foi et l'équité' dans notre Code Civil", en Aequita und Bonna fide, p. 161.
- DUPEYROUX, O. "La jurisprudence, source abusive de droit", en Mélanges à J. Maury, T. II, Dalloz-Sirey, Paris, 1960, p. 349 y ss.
- ENGISCH, K "Introducción al pensamiento jurídico" (trad. Garzón Valdés), Edic. Guadarrama, Madrid, 1967.
- ENNECCERUS, L -KIPP, Th.- WOLFF, M. "Tratado de Derecho Civil".
- "Parte General", 13a. edic. revis. por Nipperdey (trad. de Pérez González y Alguer), Bosch, Barcelona, 1935.
- "Derecho de Obligaciones" 11a. revisión por Lehmann (trad. Pérez González y Alguer), Bosch, Barcelona, 1933.
- ESPIN CANOVAS, D. "Manual de Derecho Civil español", Edersa, Madrid, varias ediciones.
- "La excepción de incumplimiento contractual", en A.D.C., t. XVII (1964), p. 543 y ss.
- ESSER, J. "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado" (trad. Valenti Fiol), Bosch, Barcelona, 1961

- FEDELE, "El concetto di buona fede nel diritto canonico", en *Ephemerides Iur. cann.* 1947, p. 144 y ss.
- FERNANDEZ DE VELAZCO, R. "El 'standard' de derecho en la jurisprudencia inglesa y su aplicación", en *R.D.P.*, t. XIV (1927), p. 129 y ss.
- FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO, F. "El sistema de fuentes" en "Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título Preliminar del Código Civil" (Col. de Abogados y Notarial de Barcelona y Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña), Barcelona, 1975.
- FERNANDEZ MARTIN GRANIZO, M. "La jurisprudencia en el Código civil después de la reforma de 1974", en *A.D.C.*, t. XXIX (1976), p. 837.
- FERREIRA RUBIO, D. "Algunas reflexiones acerca de la relación jurídica", en *R.G.L.J.*, t. LXXXV (1982), p. 3 y ss.
 "El poder jurisdiccional frente a los valores jurídicos seguridad y justicia", en *R.G.L.J.*, t. LXXXI (1980), p. 459 y ss.
 "Algunas reflexiones acerca de los valores jurídicos", en *Semanario Jurídico de Comercio y Justicia*, Córdoba, Argentina, N° 39, 1978.
- FREZZA, P. "Fides bona", en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 1 y ss.
- GALFO RUTA, "La buona fede e la sua applicazione", Catania, 1899.
- GALOPPINI, A. "Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale", en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1965, p. 1386 y ss y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 613 y ss.
- GALVAO DE SOUSA, J. "La historicidad del Derecho y la elaboración legislativa" (trad. Sardina-Páramo), Escelicer, Madrid, 1972.
- GARCIA AMIGO, M. "Condiciones generales de los contratos", Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1969.
- GARCIA CALVO, "Consideraciones sobre el abuso del derecho", en *Boletín del Ministerio de Justicia*, Madrid, N° 1015, p. 3 y ss.
- GARCIA DE ENTERRIA, E. "Curso de Derecho Administrativo" (en colab. con Tomás-Ramón Fernández), 3a. edic., Civitas, Madrid, 1981.
 "La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad" en *R.A.P.* 20 (1956), p. 71 y ss.
 "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo", *R.A.P.* 40 (1963), p.

191 y ss.

- GARCIA MORENTE, M. "Lecciones preliminares de Filosofía", Losada, Buenos Aires, 1948.
- GARCIA VALDECASAS, G. "Los principios generales del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil", en A.D.C., t. XXVIII (1975), p. 331 y ss.
- GARDELLA, L. Voz "principios generales del Derecho", en "Enciclopedia Jurídica Omeba", Ed. Bibliograf. Arg., Buenos Aires, 1955.
- GIAMPICCOLO, G. "La buona fede in senso soggettivo nel sistema del diritto privato", en Riv.Dir. Comm., 1965, p. 335 y ss; y en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 75 y ss.
- GIORGIANI, M. "La obligación" (trad. Verdera y Tuells), Bosch, Barcelona, 1958.
- GOMES, O. "O principio da boa fé no Código civil português", en "Jurídica", Nº 116, Río de Janeiro, 1972, p. 7 y ss.
- GOMEZ ACEBO, F. "La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría general del Derecho y su eficacia en el Código civil", en R.D.P., t. XXXVI (1952), p. 101 y ss. y 192 y ss.
- GONÇALVES SALVADOR, M. "A boa fé nas obrigações (natureza e definição)", en Rev. dos Tribunais, año 88 (1968), p. 7 y ss.
- GONZALEZ BOTELLA, P. "El nuevo título preliminar del Código civil", en Doc.Jur., 1974, Nº 4, p.1161 y ss.
- GORPHE, F. "Le principe de la bonne foi", Dalloz, Paris, 1928.
- HAMRIOU, M. "L'ordre, la justice et le droit", en Riv. Trim. Droit Civ., t. XXVI, (1927), p. 795 y ss.
- HEBRAUD, P. "Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques", en Mélanges J. Maury, Balloz-Sirey, Paris, 1960, T. II, p. 419.
- HERNANDEZ GIL, A. "Formalismo, antiformalismo y codificación", Com. Gral. de Codif., Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.
- "Reflexiones sobre una concepción ética y unitaria de la buena fe" (discurso de apertura de curso) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1979.
- "La Posesión", Civitas, Madrid, 1980, en especial, cap. III, p. 173 y ss.

- "La ciencia jurídica tradicional y su transformación", Civitas, Madrid, 1981.
- "El cambio político/^{español}y la Constitución", Planeta, Madrid, 1982.
- HUBNER GALLO, J. "La justicia y la seguridad" en "La justicia y el orden social", Idearium, Mendoza, 1977.
- HUECK "L'obbligo di fedeltà nel diritto privato moderno", Nuovo Riv. Dir. Com. 1949-I, p. 1 y ss.
- JAUBERT, "Des effets civils de la bonne foi", Paris, 1899.
- JORDANO BARRA, J. "Abuso del Derecho y fraude a la ley" en A.D.C., t. XIII, p. 958.
- JOSSERAND, "De l'abus du droit", Lib. Nouv. de Droit et de Jurisp., Paris, 1905.
- KANT, E. "Principios metafísicos de la doctrina del Derecho", (trad. castellana), UNAM, México, 1978.
- LACRUZ BERDEJO, J. "Elementos de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1974.
- LADARIA CALDENTHEY, J. "Legitimación y apariencia jurídica", Bosch, Barcelona, 1952.
- LAFAILLE, H. "Tratado de Derecho civil argentino. Contratos", Ediar, Buenos Aires, 1943.
- LARENZ, K. "Derecho Civil. Parte General" (trad. Izquierdo y Macías Pica-vea), Edersa, Madrid, 1978.
- "Derecho de la obligaciones" (trad. Santos Briz), Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1958.
- LASARTE, C. "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977)", en R.D.P., t. LXIV (1980), p. 50 y ss.
- LE FUR, L. "El fin del derecho: bien común, justicia y seguridad" en el volumen "Los fines del Derecho", UNAM, México, 1975, p. 13 ss.
- LEGAZ Y LACAMBRA, L. "Filosofía del Derecho", Bosch, Barcelona, 1953.
- "Los principios generales del Derecho" en Rev. Inst. Derecho Comparado, 1962, p. 51 y ss.
- "La obligatoriedad jurídica", en Anuario de Filosofía del Derecho, I, 1953.

- LEVI, "Sul concetto di buona fede", Genova, 1912.
- LOMBARDI, "Dalla fides a la bona fides", Milan, 1961.
- LOPEZ JACOISTE, J. "Los principios generales en la codificación foral", en Rev. Crit. Der. Inmob., 1966, p. 617 y ss.
- LOPEZ DE ZAVALIA, F. "Teoría general de los contratos", ed. Zavalía, Buenos Aires, 1971.
- LORENTE SANZ, "La modificación del título preliminar del Código civil" en Bol. Col. Abog. Zaragoza, N° 55 (octubre de 1974).
- LYON CAEN "Evolution de la notion de la bonne foi", Rev. Trim. Droit Civ., 1946, p. 75 y ss.
- LLAMBIAS, J. "Código civil anotado", Perrot, Buenos Aires, 1979-1982.
 "Estudio de la Reforma al Código civil", Ed. Jur. Arg., Buenos Aires, 1971.
 "Tratado de Derecho Civil Argentino", Perrot, Buenos Aires, 1965 y ss.
- LLUIS Y NAVAS, J. "El ejercicio antisocial del Derecho", en R.G.L.J., t. LXXXI (1980), p. 115 y ss.
 "Analogía y diferencias entre los principios generales y el espíritu de la ley", en R.G.L.J., t. LXXXIV (1982), p. 519 y ss.
- MANS PUIGARNAU, "Los principios generales del Derecho", Bosch, Barcelona, 1947.
- MARIDAN, J. "De la justicia social" (trad. J.M. Vallet de Goytisolo), Speiro, Madrid, 1967.
- MARIN CASTAN, M. "Significado y alcance de la 'equity' anglosajona", (tesis) Universidad Complutense de Madrid, 1982.
- MARTINEZ CALCERRADA, L. "La buena fe y el abuso del derecho. Su respectiva caracterización como límites en el ejercicio de los derechos", en R.D.P., t. LXIII (1979), p. 434 y ss.
- MARTINEZ RUIZ, L. "La apariencia en el Derecho Privado", en R.D.P., t. XLV (1961), p. 923 y ss.
- MEDINA PEREZ, J. "La buena fe en la doctrina, en la legislación y en el jurisprudencia", Concepción, Chile, s/e, 1950.
- MIER VELEZ, A. "La buena fe en la prescripción y en la costumbre hasta el siglo XV", Pamplona, Ed. Univ. de Navarra, 1968.
- MOISSET DE ESPANES, L. "Reflexiones sobre las notas del Código civil"

- argentino", en "Diritto romano, codificazione e sistema giuridico latino-americano", Giuffrè, Milán, 1981, p. 473 y ss.
- "Relaciones entre el adquirente que sorporta una acción reivindicatoria y el enajenante fraudulento", ed. del autor, Córdoba, 1968.
- "Cambio social y cambio legislativo", en A.D.C., t. XXXIII (1980), p. 105 y ss.
- MOISSET DE ESPANES, L.-PIZARRO, R.-VALLESPINOS, C. "Inflación y actualización monetaria", Ed. Universidad SRL, Buenos Aires, 1981.
- MOLLEDA, J. "La presunción de buena fe" en R.D.P., t. XLVI (1962), p. 367 y ss.
- MONTEL, A. "Buona fede", en Nuovo Dig. Italiano, II, Turin, 1958, p. 599 y ss.
- MONTES, V. "comentario al art. 7.1" en "Comentarios a las reformas del Código Civil", Tecnos, Madrid, 1977, T. I, p. 356 y ss.
- MOREIRA GUIMARAES, C. "La boa fé no direito civil brasileiro", 2a. edic., Sao Paulo, 1953.
- MOSSET ITURRASPE, J. "Justicia contractual", Ediar, Buenos Aires, 1977.
- NATOLI, U. "Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano", en Riv. Trim Dir. Proc. Civ. 1958, p. 28 y ss.
- "La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio (art. 1175 del CC)", en "Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 119 y ss.
- NOVOA MONREAL, E. "El Derecho como obstáculo al intercambio social", 4a. edic., Siglo XXI, México, 1980.
- OLLERO, A. "Droit naturel et jurisprudence de principes" en "Conceptions Contemporaines du Droit" (2º Congreso mundial de Filosofía del Derecho, Basilea, 1979), F.S. Verlag, Weisbaden, 1982, 629 y ss.
- ORTEGA Y GASSET, J. "Ideas y creencias", 8a. edic., Espasa-Calpe, Madrid, 1976.
- "Introducción a una estimativa. ¿Qué son los valores?", en Obras Completas, 6a. edic., Ed. Rev. de Occidente, Madrid, 1964, T. VI, p. 315 y ss.

- PAOLI?, "Quelques observations sur la fides l'imperium et leurs rapports", Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Simonius (pl 273).
- PAZ-ARES, C. comentario a la tesis de Zeller sobre el art. 2 del Código civil suizo, A.D.C., t. XXXV (1982), p. 173.
- PACCHIONI, "I principi generali di Diritto", en Arch.Giuri 91 (1924), p. 133 y ss.
- PARDO LOPEZ, "El uso, el abuso y el no uso de los derechos subjetivos", en R.D.P., t. XLVIII (1964), p. 3.
- PERELMAN "Droit et Morale", Rev. Universitaire de Science et Morale, 16-17 (1972), p. 109 y ss.
- PERTICONE, "Sui principi generali del Diritto privato", Arch, Giurid. 123-124 (1940), p. 18 y ss.
- PLANIOL, M.-RIPERT, G. "Traité Élémentaire de Droit Civil", 10 edic., Lib.G. Droit et Jurisp., París, 1926.
- PUIG BRUTAU, J. "Fundamentos de Derecho Civil", Bosch, Barcelona, 1954.
- PUIG PEÑA, F. "El incumplimiento contractual como acto injusto", en R.D.P., t. 1945, p. 150 y ss.
- QUINTANA REDONDO, C. "Las fuentes del Derecho en el nuevo título preliminar del Código civil", Curso monográfico sobre la ley de bases para la modificación del Tít. Preliminar del Código civil" (Col. Abog. de Valencia y Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Valencia, 1975, p. 9 y ss.
- RADBRUCH, G. "Filosofía del Derecho" (trad. castellana), 4a. edic., Ed. Rev. Der. Priv., Madrid, 1959.
- "El fin del derecho" en el volumen "Fines del Derecho", UNAM, México, 1975, p. 55 y ss.
- RECASENS SICHES, L. "Tratado General de Filosofía del Derecho", 2a. edic., Porrúa, México, 1975.
- REIMUNDIN, R. "La concepción de los principios generales del Derecho y la fórmula del art. 16 de nuestro Código civil", en JA-III-p. 713 y ss.
- RIPERT, G. "Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux", Recueils des Cours, 44 (1933), II, p. 569 y ss.
- "La règle morales dans les obligations civiles", 4a. edic., Lib.Gral. Droit et Jurisp., Paris, 1949.
- RICO PEREZ, F. "Cuestiones prácticas: valor de la propaganda en la com-

- praventa de un piso", en R.G.L.J., t. LXXVI (1988), p. 345 y ss.
- RODOTA, S. "Le fonti di integrazione del contratto", Milán, 1969.
- "Appunti sul principio de buona fede", en Foro de Padova, 1964-I-, p. 1283 y ss.
- "Il diritto privato nella società moderna", Soc.Ed. Il Mulino, Bologna, 1971.
- RODRIGUEZ MOLINERO, M. "Hermenéutica y Derecho" en el volumen "Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Prof. Corts. Grau, Ed. Univ. Valencia, 1977, T. II, p. 345 y ss.
- ROMANO, S. "La buona fede nel diritto privato", en Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milán, 1959, p. 677 (volumen 52).
- ROSELLI "Circostanze presupposte dai contraenti e principio di buona fede", Giurisp. Merc. 1972-I, p. 463.
- ROTONDI, M. "Equità e principii generali di diritto" en "Studi di diritto comparato e Teoría Generale", Cedam, Padova, 1972
- RUBINO "Sui limiti dell'interpretazione dei contratti secondo buona fede"; Giur.Compl. Cass. Civ. 1947-II, p. 365.
- RUBINSTEIN, R. "Iniciación al Derecho inglés" (trad. Jardí), Bosch, Barcelona, 1956.
- RUFFINI, "La buona fede in materia de prescrizione", Torino, 1892.
- RUIZ VADILLO, E. "Derecho Civil", 8a. edic., Ochoa, Logroño, 1979-1980.
- RUIZ DE VELAZCO, J. "La buena fe como principio rector del ordenamiento jurídico español", R.G.L.J., t. LXXII (1976), p. 547 y ss.
- SACCO, R. "La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di Diritto privato", Giappichelli Ed., Torino, 1949.
- "La presunzione di buona fede", en Riv. Dir. Civ., 1959-Nos. 1 y 3.
- "La buona fede fondata sulla divisione nel Codice civile de 1865", en Riv.Dir.Comm., 1949- II.
- SALVAT, R. "Tratado de Derecho Civil Argentino", Ed. J. Menéndez, Buenos Aires, 1927.
- SANCHEZ DE LA TORRE, A. "Los principios clásicos del Derecho", Unión Ed., Madrid, 1975.
- SANCHEZ MEDAL, R. "De los contratos civiles", 2a. edic., Porrúa, México, 1973

- SOTO NIETO, F. "La interpretación de las normas en el nuevo título preliminar del Código civil", R.G.L.J., t. LXXVIII (1979), p. 295 y ss.
- "El cambio social y el derecho" (discurso de recepción) Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona, 1979.
- SQUELLA NARDUCCI, A. "Dos concepciones de la equidad" (en colab. con González Rojas), Edeval, Valparaíso, 1981.
- STATI, "Le standard juridique", Paris, 1927.
- STOLFI, N. "Il principio di buona fede", en Riv. Dir. Comm 1964-I, p. 163 y ss.
- TRABUCCHI, A. "Instituciones de Derecho Civil" (trad. de Martínez Calce-rada), Ed.Rev.Der.Priv., Madrid, 1967.
- TRUJILLO CALLE, B. "De la buena fe" en Revista de la Fac. de Derecho y Cs. Políticas de la Universidad de Antioquía (Medellín, Colombia) Vol. XXXI (1972), p. 347 y ss.
- VALLESPINOS, C. "Las condiciones generales de los contratos" (tesis) Univ. Nacional de Córdoba (Argentina), 1982
- VALLET DE GOYTISOLO, J. "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", en RDP, t. XXXI (1947), p. 931; también en "Estudios de Derecho de cosas", Montecorvo, Madrid, 1973.
- "Sociedad de masas y Derecho", Taurus, Madrid, 1969.
- "En torno al Derecho Natural", Org. Sala, Madrid, 1973.
- "Estudios Varios", Montecorvo, Madrid, 1980.
- "Estudios sobre Fuentes del Derecho y Método jurídico", Montecorvo, Madrid, 1982.
- VILAR BADIA, R. "La equidad, factor de creación judicial del Derecho", Rev. Pretor, Nº 95, (1977), p. 45.
- VILLAR PALASI, J. "La interpretación jurídica", en Rev. Pretor, Nº 86 (1975), p. 5 y ss.
- "La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos" (discurso de recepción) Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1975.
- VON HIPPEL, E. "La interpretación del Derecho", R.D.P., t. XL, (1956),

p. 555 y ss.

VON THUR, A. "La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual"
(trad. de Roces), R.D.P., t. XII (1925), p. 337 y ss.

WIAECKER, F. "El principio general de la buena fe" (trad. Carro), Civitas, Madrid, 1977.

ZANA, M. "La regola della buona fede nell'eccezione di inadempimento",
en Riv. Trim.Dir. Proc. Civ., 1972- p. 1376 y ss. y en
"Studi sulla buona fede", Giuffrè, Milán, 1975, p. 353 y ss.

ZICCARDI "L'integrazione del contratto", en Riv.Trim.Dir.Proc. Civ.,
1969, p. 109 y ss.

ZOLLER, E. "La bonne foi en Droit International public", Pedone, Paris,
1977.

ZULETA PUCEIRO, E. "Paradigma dogmático y ciencia del Derecho", Edersa,
Madrid, 1981